Б. Л. Хаскельберг

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ

БИБЛИОТЕКА
КАНУНОВОЙ ФАИНЫ ЗИНОВЬЕВНЫ

Б. Л. ХАСКЕЛЬБЕРГ

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ

130 лет
1878 2008
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Томск 2008

УДК 347
ББК 67.404
Х24

Ответственный редактор
доктор юридических наук Д. О. Тузов

Книга издана при поддержке губернатора Томской области Виктора Мельхиоровича Кресса

Существенная помощь в организации издания оказана дирекцией Сибирского института развивающего обучения «Пеленг» (г. Томск) в лице директора Тузова Олега Леонидовича и заместителя директора Коробова Дмитрия Олеговича

Б. Л. Хаскельберг. Гражданское право: Избранные труды. –
Х24 Томск: ОАО «Издательство «Красное знамя», 2008. – 438 с.

ISBN 978-5-9528-0054-0

В настоящий сборник, изданный к юбилею известного отечественного цивилиста, профессора Б. Л. Хаскельберга, вошли его избранные статьи (в основном постсоветского периода), посвященные проблемам гражданского права. Рассматриваются спорные вопросы приобретения права собственности по договору, в частности проблема оснований и способов приобретения и значения государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, общие вопросы обязательственного права, отдельные виды обязательств, такие как обязательство купли-продажи, перевозки, долевого участия в строительстве, хранения, проблемы наследственного и жилищного права и др.

Издание рассчитано на научных работников, преподавателей вузов, студентов, аспирантов, практикующих юристов и всех тех, чей круг интересов связан с гражданским правом.

ISBN 978-5-9528-0054-0

© Б. Л. Хаскельберг, 2008
© Г. Л. Осокина, В. В. Ровный: соавторство (в статьях, содержащих указание на соавторство), 2008
© Т. Ю. Баришпольская, Д. О. Тузов, В. М. Чернов: вступительная статья, 2008

СОДЕРЖАНИЕ

Наш учитель 5
Библиография основных трудов профессора Б. Л. Хаскельберга .. 21

ВОПРОСЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ПО ДОГОВОРУ
Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы) 31
Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность 71
Правовая природа и значение государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество 104

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА
Договоры консенсуальные и реальные: теоретические вопросы классификации и характеристика основных особенностей [*в соавторстве с В. В. Ровным*] 157
Изменение и расторжение гражданско-правового договора 211
О правовой природе процентов годовых (ст. 395 ГК РФ) [*в соавторстве с В. В. Ровным*] 223

ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ
Обязанность продавца обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствия ее неисполнения [*в соавторстве с В. В. Ровным*] 243
Правовое положение транспортных организаций при перевозке грузов в прямом и прямом смешанном сообщении 276
Меры поощрения как средство стимулирования в транспортных правоотношениях 293
Ответственность перевозчика за несохранность груза по российскому законодательству 303
Договор о долевом участии в строительстве: вопросы судебно-арбитражной практики 315
О регулярном и иррегулярном хранении вещей 339

Наследственное право

Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами 353
Наследование по праву представления и переход права на принятие наследства 365
Правоотношение из завещательного отказа и его элементы 392

Иные проблемы гражданского права

Обращение принудительного взыскания на долю в общем имуществе по Гражданскому кодексу РФ [*в соавторстве с Г. Л. Осокиной*] 427
Новый Жилищный кодекс России и проблема «коммуналок» 432

НАШ УЧИТЕЛЬ

Эта книга выходит в преддверии 90-летия одного из ведущих отечественных цивилистов, заслуженного юриста Российской Федерации, профессора кафедры гражданского права Томского государственного университета Бориса Лазаревича Хаскельберга.

Имя Б. Л. Хаскельберга для нас, его учеников и коллег, означает нечто гораздо большее, чем имя талантливого ученого-цивилиста. Для нас Борис Лазаревич – это прежде всего Человек и Учитель в самом высоком смысле этих слов, личность и жизнь которого – пример беззаветного служения науке, своей стране и народу.

Почти целый век... И какой век! Все беды и испытания, через которые прошла наша страна, все пережитые ею значимые и трагические события выпали и на долю Бориса Лазаревича, отразившись на его нелегкой судьбе. Это и жестокий голод начала 30-х, и холод Финской войны 1939–1940 гг., и Великая Отечественная война, в которой Борису Лазаревичу довелось участвовать с самого ее начала... В этом очерке нам хотелось бы рассказать о жизненном пути профессора Б. Л. Хаскельберга, его становлении как ученого и педагога и, конечно же, о его научной деятельности, о том вкладе, который внес наш любимый учитель в отечественную науку гражданского права.

Борис Лазаревич родился 28 мая 1918 г. в с. Сальница Улановского района Винницкой области в семье кустаря, в разгар Гражданской войны. С самого детства одним из главных его стремлений было желание учиться. Но в то время, чтобы получить образование, одного только желания было недостаточно. Нужны были силы и воля.

В 1933 г., в период страшного голода на Украине он оканчивает Сальницкую семилетку и поступает на факультет государственных до-

ходов Николаевского финансово-экономического техникума, окончив который в 1936 г. и получив квалификацию техника-финансиста направляется на работу в горфинотдел г. Красный Луч Донецкой области, где проработает два года. Для 18-летнего юноши это была очень ответственная работа: в его задачи входило инспектирование государственных, кооперативных и иных предприятий общественного сектора с правом проведения в них ревизий.

В июле 1938 г., после прохождения двухмесячного повышения квалификации инспекторов госдоходов на Харьковских межобластных финансовых курсах НКФ Украины, Б. Л. Хаскельберг переведен инспектором в облфинотдел г. Сталино (ныне г. Донецк). Но долго проработать на новом месте не пришлось: в сентябре того же года его призывают на действительную службу в ряды Красной армии. А в 1939 г. вспыхивает война с Финляндией. Так началась военная эпопея Бориса Лазаревича.

В памяти о той первой в его жизни военной кампании 1939–1940 гг. неизгладимо остались снежные окопы, страшный холод, плохо защищенные, практически открытые врагу позиции воинских подразделений 97-го стрелкового полка, проводившего операцию на Петрозаводском направлении, где ему приходилось тогда сражаться, первое тяжелое ранение, первые госпитали.

7 февраля разорвавшимся вблизи от окопа минометным снарядом Борис Лазаревич был тяжело ранен. Последствия этого ранения дают о себе знать до сих пор: минные осколки так и остались в локте и легком. В июле 1940 г., после лечения, он был уволен из армии по инвалидности.

В том же году, еще не вылечившись окончательно от ран, Б. Л. Хаскельберг поступает во 2-й Ленинградский юридический институт им. М. И. Калинина. Но проучиться в институте довелось всего один учебный год: в июне 1941 г. опять началась война, и Борис Лазаревич – снова в строю, в составе 14-го Краснознаменного стрелкового полка войск НКВД 109-й стрелковой дивизии (впоследствии – 602-й стрелковый полк 42-й армии Ленинградского фронта), в котором он сражался с августа 1941 по май 1944 г. на ближайших подступах к Ленинграду и под Выборгом, сначала будучи рядовым, а затем – старшим сержантом, командиром отделения.

Война, несомненно, сроднила молодого солдата-студента с городом на Неве, в боях за который он не щадил своей жизни. Во время обороны Ленинграда Борис Лазаревич был трижды ранен. Первое ранение он получил 29 марта 1943 г. во время боев под Пушкином, второе – тяже-

лое – в январе 1944 г. под Нарвой. Но он снова и снова возвращался в строй. Однако последнее, самое тяжелое ранение, полученное 21 июня 1944 г. под Выборгом (разрывная пуля буквально разворотила правое бедро), приковало Бориса Лазаревича на долгие месяцы к больничной койке. О том, чтобы снова встать в строй, не могло быть и речи.

Так закончилась для Б. Л. Хаскельберга эта вторая выпавшая на его долю война. За свой ратный подвиг он награжден орденом Славы III степени (1944 г.), орденом Отечественной войны I степени (1985 г.), медалями «За оборону Ленинграда», «За победу над Германией в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.» (1945 г.), другими медалями. На вопрос о том, какая из воинских наград самая дорогая для него, он неизменно отвечает: «"За оборону Ленинграда". Я с боевыми товарищами защищал ставший для меня родным город, который впоследствии дал мне путевку в жизнь»[1]. Он не был ленинградцем от рождения, но он становился им в оборонительных боях за Ленинград, в голоде и лишениях длившейся 900 дней блокады, разделив свою судьбу с судьбою города на Неве[2].

На Урале, находясь в эвакогоспитале в Ирбите, раненый Борис Лазаревич узнает о том, что его родители и другие родственники еще в 42-м были расстреляны на Украине гитлеровцами. В родных местах его уже никто не ждал. И он решает вернуться в Ленинград. Он по-прежнему мечтает об учебе и находит в себе силы и волю ее продолжить.

Поскольку Ленинградский юридический институт, в котором он окончил первый курс, еще не был реэвакуирован из Джамбула, Борис Лазаревич, узнав, что возрожден юридический факультет Ленинградского университета, решает продолжить учебу на нем.

Поздней осенью 1944 г. на костылях он приходит к декану юридического факультета Ленинградского университета, профессору А. В. Венедиктову и заявляет, что желает учиться на II курсе, но никаких документов, подтверждающих окончание первого, у него нет. Искренность молодого человека подкупила декана, и Б. Л. Хаскельберг был зачислен[3]. Так в конце 1944 г. Борис Хаскельберг становится студентом II курса юридического факультета Ленинградского университета.

---

[1] Цит. по: *Отмахов И.* Профессор защищал Ленинград // Пятница [Томск]. 2007. 1 февр. См. также: *он же.* Полвека в ТГУ // Томский пенсионер (еженедельное приложение к газете «Вечерний Томск»). 2003. 25 янв., суббота. № 14 (617). С. 3.

[2] *Куршева О.* Вся жизнь – преодоление // За советскую науку. 1984. 23 февр., четверг. № 7 (1587). С. 2.

[3] *Бегинина Е.* Наш учитель // За советскую науку. 1977. 19 мая, четверг. № 18 (1206). С. 2.

Прерванную войной учебу предстояло продолжать в невероятно трудных условиях ликвидации последствий Ленинградской блокады, после длительного вынужденного перерыва, несмотря на ранения, жилищные и другие материальные трудности. Но все это не отразилось на успеваемости Бориса Хаскельберга: на протяжении двух лет в связи с отличной учебой он был Сталинским стипендиатом.

Вскоре после зачисления в университет состоялась еще одна встреча с деканом – профессором А. В. Венедиктовым. Это произошло на зачете по римскому праву. Ответ Б. Л. Хаскельберга понравился декану, завязалась беседа о жизни студента до войны. С течением времени Анатолий Васильевич Венедиктов, выдающийся советский ученый, впоследствии академик, лауреат Государственной (Сталинской) премии за фундаментальный труд о государственной социалистической собственности[4], стал для Бориса Лазаревича Учителем и наставником, о котором тот всегда вспоминал и продолжает вспоминать с величайшей теплотой и благодарностью. «Учитель привил мне любовь к юридической науке, в частности к гражданскому праву», – говорит он. Общение с А. В. Венедиктовым будет продолжаться и после переезда Бориса Лазаревича в Томск. В архиве Б. Л. Хаскельберга сохранилось множество писем А. В. Венедиктова, в которых учитель с живым участием интересуется судьбой и деятельностью своего ученика, подробно рассказывая о делах на факультете в Ленинграде и о себе. «Я часто и с чувством искреннего удовлетворения, – пишет Анатолий Васильевич, – вспоминаю о годах нашей совместной работы»[5].

На юридическом факультете Ленинградского университета работали тогда замечательные профессора. «Вообще, мне сильно повезло с учителями – я учился у выдающихся ученых, которые сегодня признаны классиками отечественной цивилистики. Это профессора Венедиктов, Райхер, Догадов, Яковкин... Именно им я обязан всем, чего достиг»[6], – говорит профессор Хаскельберг.

По воспоминаниям сокурсников видно, что Борис Лазаревич в годы учебы активно участвовал в научном кружке, делал доклады, свидетельствующие о большом интересе к изучаемым предметам, и особенно к гражданскому праву. В этом нельзя не отметить очень важный нюанс, понять который можно, только учитывая морально-политическую и идеологическую обстановку того времени. Дело в том, что в выс-

[4] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948. Работа была переведена на языки многих социалистических стран, а также на итальянский.

[5] Письмо от 5 июля 1957 г. (личный архив Б. Л. Хаскельберга).

[6] Цит. по: *Листкова Т.* Всепобеждающая человечность // «День добрый». 2003. 31 мая. С. 5.

Ноябрь 1938 г.,
в Красной армии

Март 1940 г.,
после ранения в Финской войне

Шахматная партия
Орлино, март 1940 г., санаторий «Орлино»

1940 г., курорт «Хилово»

Апрель 1941 г.,
студент Ленинградского университета

г. Ленинград, июль 1947 г.,
после окончания университета

г. Ленинград, февраль 1947 г. Сталинские стипендиаты юридического факультета.
Крайний справа во втором ряду – Б. Л. Хаскельберг;
крайний слева в первом ряду – А. К. Юрченко

г. Томск, 1955 г.

Апрель 1986 г.

г. Томск, 50-е годы. Первые преподаватели воссозданного юрфака ТГУ. Крайний слева – Б. Л. Хаскельберг, в центре – декан юридического факультета А. И. Ким, второй справа – А. Л. Ременсон

ших эшелонах власти гражданское право не пользовалось тогда вниманием и уважением как «уходящее» и малонужное.

«И все же научная жизнь на факультете в те годы била ключом, – пишет учившийся тогда на младших курсах того же факультета, а ныне известный ученый-цивилист, академик Ю. К. Толстой. – У нас, студентов, был неподдельный интерес к науке. Едва ли не каждый считал честью выступить с докладом в студенческом научном кружке. <...> Научные конференции собирали многочисленные аудитории, диспуты затягивались до позднего вечера, а то и до ночи. Как правило, они происходили в 88-й аудитории, забитой до отказа. На одной из них студент-старшекурсник Борис Хаскельберг (впоследствии профессор Томского университета) выступал с докладом о clausula rebus sic stantibus (оговорка о неизменности условий обязательства). Я слушал и почти ничего не понимал. Это меня раззадорило, и я решил всерьез заняться гражданским правом. Пожалуй, Хаскельберг одним из первых пробудил у меня интерес к цивилистике»[7].

В 1947 г., после того как Б. Л. Хаскельберг окончил университет, получив диплом с отличием, профессор Венедиктов, давно уже приметивший способного студента-фронтовика и его тягу к знаниям, предложил ему аспирантуру по кафедре гражданского права.

Принять решение Б. Л. Хаскельбергу было непросто. С одной стороны – блестящая перспектива заниматься в Ленинградском университете наукой гражданского права, к которой выпускник все больше и больше ощущал вкус и проникался настоящей страстью, да притом под руководством такого мэтра цивилистики, как Венедиктов, приобретшего научное имя еще до революции! А с другой – в то время Борис Лазаревич был уже женат, а жить молодой семье в Ленинграде было негде. Необходимо было решать насущные бытовые проблемы, обеспечивать семью.

И поначалу перевесило было это последнее соображение. Выпускнику удалось добиться распределения его в народный суд в Ленин-

[7] *Толстой Ю. К.* Из пережитого... СПб., 1999. С. 134 сл. Действительно, как отмечала ленинградская университетская газета того времени, «секционные заседания на юридическом факультете проходят оживленно, при переполненной аудитории. На первом заседании 12 марта присутствовало 125 студентов, профессоров и преподавателей факультета» (Большая активность (На секции юридических наук) // Ленинградский университет. 1947. 26 марта. № 12 [593]). На этом заседании студент IV курса Борис Хаскельберг и выступил с докладом на актуальнейшую в послевоенные годы тему «Влияние войны на исполнение договоров» (речь шла по сути о clausula rebus sic stantibus и судьбе обязательства при существенном изменении обстоятельств), в котором осветил «практику буржуазных судов в разрешении споров об исполнении обязательств во время и после мировой войны и советскую судебно-арбитражную практику в период Великой Отечественной войны» (Большое мероприятие // Ленинградский университет. 1947. 8 марта. № 10 [591]). Доклад вызвал оживленную дискуссию среди студентов и получил хороший отзыв профессора В. К. Райхера, отметившего несомненный успех прошедшего заседания (см.: Большая активность).

градскую область для прохождения необходимого стажа, после чего он должен был занять должность народного судьи и, находясь в непосредственной близости от Ленинграда и университета, смог бы, возможно, сочетать работу с научными занятиями. Но места в Ленинградской области для него не оказалось. Нетрудно представить себе ситуацию, в которой оказался молодой специалист, только что блестяще окончивший университет, а в недавнем прошлом проливавший кровь в боях за родину и за Ленинград. Правда, были и другие, менее привлекательные возможности практической работы по специальности. Но на компромисс выпускник идти не хотел. Следует, однако, признать: будь по-иному, еще неизвестно, насколько безоблачным было бы для Бориса Лазаревича служение советской Фемиде, а вот отечественная цивилистика, безусловно, потеряла бы немало.

Осенью 1947 г. Б. Л. Хаскельберг принимает предложение А. В. Венедиктова и поступает в аспирантуру Ленинградского университета по кафедре гражданского права. Тема будущей диссертации – «Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве».

Начались годы напряженной работы. Чтобы прокормить семью (а к тому времени она пополнилась: родилась дочь Лариса), Борис Лазаревич подрабатывал на полставки ассистентом в университете, проводя семинарские занятия по гражданскому праву, не забывая при этом о научных исследованиях и об изучении языков: для написания диссертации ему необходимо было совершенствовать свои познания в немецком, а также изучить французский. Восприняв от своего учителя далеко небезопасный в те времена борьбы с «низкопоклонством перед Западом» и «безродным космополитизмом» сравнительно-правовой метод, пусть и с неизбежным тогда критическим уклоном в адрес буржуазного права, молодой цивилист не мыслил свое научное исследование без глубокого изучения проблемы регулирования перехода права собственности по договору в основных европейских правопорядках. Увесистый том (около 20 п. л.) кандидатской диссертации Б. Л. Хаскельберга, который авторам этих строк приходилось держать в руках, бережно перелистывая пожелтевшие от времени страницы с компактным машинописным набором, содержит многочисленные ссылки на зарубежное и русское дореволюционное законодательство, а также – в выполненных от руки сносках (ибо в пишущих машинках не было латинских литер) – ссылки на оригинальные издания произведений знаменитых представителей европейской правовой доктрины – Савиньи и Виндшайда, Дернбурга и

Гирке, Колина и Капитана, Жирара и др. В этой первой фундаментальной научной работе Б. Л. Хаскельберга уже отчетливо проявились характерные черты всего его последующего научного творчества, которые неизменно отмечались и отмечаются теми, кто с этим творчеством соприкоснулся. А тогда, на публичном диспуте по диссертации, их не преминули отметить в своих рецензиях официальные оппоненты – профессор В. К. Райхер и доцент, впоследствии профессор, О. С. Иоффе[8].

«Весьма ценной чертой диссертации, – указал В. К. Райхер, – является стремление автора до конца исчерпать исследуемые им вопросы. Автор мобилизует все доводы в пользу защищаемых им решений, предусматривает возможные возражения, могущие быть выдвинутыми против его положений, разбирает эти возражения и оспаривает их». «...Все исследуемые диссертантом вопросы разработаны им тщательно, вдумчиво, серьезно, глубоко. В стремлении развивать свою аргументацию возможно дальше и глубже, исходящем из большой пунктуальности и требовательности к самому себе, автор впадает иногда и в некоторую крайность...» «...Почти по всем вопросам... автор занимает определенную, самостоятельную и убежденно обосновываемую им позицию, а по целому ряду вопросов предлагает и собственные, новаторские решения». «Высокий теоретический уровень работы, ее практическая целенаправленность и ее научная обоснованность» были отмечены О. С. Иоффе.

Все эти черты мы встречаем и в последующем творчестве Бориса Лазаревича: поразительная пунктуальность, тщательность и всесторонность проработки исследуемых проблем и аргументации предлагаемых решений, критики позиций других авторов, стремление исчерпать рассматриваемый вопрос и все возможные споры вокруг него, что иногда может показаться (как это в свое время отметил В. К. Райхер) даже граничащим с педантизмом, избыточностью доводов и полемики с лишь предполагаемыми, эвентуальными контраргументами потенциальных оппонентов. Однако эта строжайшая пунктуальность в аргументации собственной позиции и в критике позиции других, которой Б. Л. Хаскельберг остался верен и по сей день, представляется несомненным достоинством подлинно научного исследования.

Главной идеей защищенной в 1950 г. в Ленинградском университете кандидатской диссертации Б. Л. Хаскельберга являлось преимущество – с точки зрения тогдашних условий советского хозяйства и права – системы традиции, принятой в Австрии, Германии и некоторых других

[8] Рецензии цитируются по экземплярам, хранящимся в личном архиве проф. Б. Л. Хаскельберга.

странах, над консенсуальной системой (системой соглашения), действующей, например, во Франции и Италии. Диссертант призывал к замене консенсуальной системы, воспринятой ГК РСФСР 1922 г. в отношении индивидуально-определенных вещей, единой системой традиции. Суть предлагаемого новшества весьма точно и лаконично изложил О. С. Иоффе в подготовленной им рецензии.

«В итоге своего исследования, – отметил он, – диссертант приходит к выводу о необходимости изменения существующей системы перехода права собственности... о целесообразности замены ее новой системой, при которой был бы установлен единый порядок перехода права собственности, независимый от таких чисто внешних различий между предметами договора, каким является различие, выраженное в делении вещей на индивидуально-определенные и определенные родовыми признаками. Взамен системы соглашения для индивидуально-определенных вещей и системы передачи для вещей, определенных родовыми признаками, диссертант предлагает ввести систему передачи как единую систему, доказывая ее превосходство, как монистической системы, при которой более просто и целесообразно решаются другие вопросы, связанные с моментом перехода права собственности...». Заключение Иоффе по этому предложению было следующим: «...основная идея диссертации – критика системы соглашения и обоснованное предложение перехода к системе передачи для определения момента перехода права собственности – не встретила в рецензии возражений: диссертант убедительно показал, что только так может и должен быть решен вопрос с точки зрения потребностей социалистического гражданского оборота».

Значимость проведенного исследования и его главной идеи становится понятной, если учесть, что в то время данный вопрос непосредственно рассматривался лишь в немногих работах, в частности в двух небольших публикациях, принадлежавших перу К. А. Граве и Е. А. Флейшиц. Б. Л. Хаскельберг впервые провел всестороннее и глубокое исследование проблематики момента перехода права собственности по договору в условиях действия советского права и социалистической системы хозяйства. В. К. Райхер, не занявший в ходе дискуссии по диссертации какой-то определенной позиции по вопросу о целесообразности принятия основного предложения диссертанта, вместе с тем отметил следующее: «Соглашаясь или не соглашаясь с автором... нельзя не признать, что он и обстоятельно обосновывает свое мнение... и вносит в это обоснование существенно новые элементы».

Впоследствии обоснованное Б. Л. Хаскельбергом предложение об отказе от системы соглашения и о введении единой системы традиции будет воспринято законодателем в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и в новом ГК РСФСР 1964 г., а также получит широкую поддержку доктрины, в том числе в комментариях указанных законодательных актов[9].

После блестящей защиты в ЛГУ кандидатской диссертации Б. Л. Хаскельбергу предложили два места будущей преподавательской работы на выбор. Но среди них не оказалось кафедры гражданского права родного университета: возможности остаться преподавать в Ленинграде у защитника этого города не было. Выбирать приходилось между Алма-Атой и Томском, и это несмотря на то, что в то время ситуация с кадрами на юрфаке ЛГУ была не самой лучшей. Описывая ее в одном из своих писем Б. Л. Хаскельбергу уже после переезда последнего в Томск, А. В. Венедиктов сетовал: «Все это лишний раз показывает, как нам нужна смена и как "подвело" нас М-во, перебросив Вас в Томск»[10].

Борис Лазаревич принял предложение преподавать в Томском государственном университете, в котором незадолго до этого, в 1948 г., после 26-летнего перерыва, был воссоздан юридический факультет[11]. Он выбрал Томский университет, хотя не мог не предвидеть, что работы на вновь открывшемся факультете, где практически не было квалифицированных преподавателей, будет непосильно много.

Чтобы представить, в каких условиях начиналась научная и преподавательская деятельность будущего профессора Б. Л. Хаскельберга в Томске, достаточно сказать, что в первые годы после восстановления факультета на нем не было ни одного кандидата юридических наук, а некоторые совместители даже не имели высшего образования. Более того, у факультета не было своего декана: его обязанности исполнял по совмес-

---

[9] См., напр.: *Иоффе О. С., Толстой Ю. К.* Основы советского гражданского законодательства. Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1962. С. 86, где при обосновании преимуществ системы традиции сделана прямая ссылка на автореферат кандидатской диссертации Б. Л. Хаскельберга.

[10] Письмо от 14 марта 1951 г. (личный архив Б. Л. Хаскельберга).

[11] Юридический факультет Томского университета был упразднен после установления в Томске в 1919 г. советской власти; в последующем юриспруденция в ТГУ изучалась на правовом отделении вновь созданного факультета общественных наук, который был закрыт в 1922 г., с чем преподавание права в университете на долгие годы прекратилось. Эти преобразования произошли вследствие нелояльности многих профессоров-юристов к новому режиму (некоторые из них непосредственно участвовали в белом движении и входили в состав Сибирского правительства адмирала Колчака) и, с другой стороны, по причине отсутствия в то время кадров новой идеологической формации из так называемой красной профессуры, а также общего плачевного состояния высшей школы (дефицит финансирования и т. п.).

тительству преподаватель кафедры философии. А о научно-исследовательской работе по правоведению тогда никто даже и не помышлял[12].

К этому следует добавить и тяжелейшие условия послевоенного времени, в которых профессорам университета приходилось работать, а студентам – учиться. Вот та картина, которую застал Борис Лазаревич по прибытии в Томск: «600 человек ушли из университета на фронт, 399 из которых были студентами. Главный корпус был занят военным заводом. В помещениях, где продолжались занятия, было холодно. И это несмотря на то, что и студенты, и преподаватели сами готовили дрова, уголь, торф, доставляя все это на санках. А расстояние было неблизким. <...> В довершение к холоду был еще и голод»[13].

Легко можно себе представить, каким приобретением для университета был в 1951 г. приезд в Томск нового преподавателя и ученого, сформировавшегося в элитной ленинградской цивилистической школе, молодого кандидата юридических наук Б. Л. Хаскельберга!

Когда Борис Лазаревич принимал предложение работать в Томске, об этом городе он почти ничего не знал и располагал лишь самыми общими сведениями о Сибири, почерпнутыми из энциклопедии: «климат здесь резко-континентальный – жаркое лето и холодная зима». «Именно такая зима и встретила нас, когда мы с семьей – женой и двухлетней дочкой – ступили на томскую землю, – рассказывает Борис Лазаревич. – На следующий день я пришел в известный всем университетский корпус – БИН. С 30-градусного мороза, совершенно замерзший в легкой одежде, я сразу ощутил тепло – в прямом и переносном смыслах. И это тепло в отношениях ко мне чувствую уже более пятидесяти лет»[14].

С той, теперь уж далекой поры и до настоящего времени жизнь и деятельность Бориса Лазаревича неразрывно связаны с Томском и с Томским университетом. Здесь он преподавал, учил, воспитывал и студентов, и аспирантов, и молодых преподавателей и рос сам как ученый.

На его глазах и при его активном участии произошло становление юридического факультета (ныне Юридического института) Томского университета. Невозможно переоценить вклад Бориса Лазаревича в этот процесс. Речь идет не об организационно-административной, а о внутренней, научно-нравственной стороне. Своим примером, своим отношением к науке, к педагогической деятельности, к воспитанию студентов и аспирантов, внимательным и чутким отношением к молодым преподавателям он во многом способствовал созданию не только на возглавляемой им кафедре, но и на всем факультете единого творческо-

[12] См.: *Ким А. И.* Наш юридический // За советскую науку. 1968. 28 мая, вторник. № 22 (897). С. 2.
[13] *Отмахов И.* Свет разума пронес через войну. С. 12.
[14] Цит. по: *Листкова Т.* Указ. соч. С. 5.

го коллектива, деятельность которого строится на уважении к науке и праву как особой социальной ценности.

С именем Бориса Лазаревича Хаскельберга связываются организация и становление кафедры гражданского права и процесса, которую он возглавил вскоре после прибытия на факультет и которой заведовал без малого 10 лет (февраль 1952 – сентябрь 1961 г.). Много сил, энергии и настойчивости приложил он, чтобы кафедра стала полноценным научно-педагогическим коллективом, одним из ведущих на факультете. Борис Лазаревич взял на себя основную педагогическую нагрузку по гражданскому праву и нес ее не одно десятилетие. В одном из своих писем А. В. Венедиктов, продолжавший живо интересоваться жизнью и работой своего ученика в Томске, писал: «Не скрою от Вас, что такая нагрузка под силу только такому энергичному и знающему работнику, как Вы, и что я лично теперь (думаю, что не один я!) не сумел бы за один год освоить всей этой нагрузки. Горячо желаю Вам успеха в этом трудном деле!»[15]

Невозможно переоценить вклад, который внес и вносит Борис Лазаревич в подготовку ученых, педагогов и практических работников в течение без малого 60 лет работы на юридическом факультете. Его лекторский талант, его глубокие познания в области гражданского и семейного права, высокое методическое мастерство снискали ему уважение и признательность всех студентов и преподавателей, учившихся и работавших в Томском университете.

«Его блестящему лекторскому таланту можно было только завидовать, – вспоминает один из выпускников университета. – Мы, студенты разных факультетов, ходили на его лекции, чтобы перенять хотя бы каплю мастерства. Я сам, будучи студентом химического факультета, как только выдавалось свободное время, спешил в аудиторию, где выступал Борис Лазаревич. И прослушанные лекции в дальнейшем весьма пригодились мне в работе»[16]. «...После его лекций сложности как будто исчезают, все становится простым и доступным. И не потому, что он упрощает... Нет, лекции его отличаются высоким научно-теоретическим уровнем, всесторонностью, глубиной. Читает он их увлеченно, забывая о времени. И эта увлеченность передается студентам. А после лекции хочется прочесть рекомендованную книгу, подумать над сказанным»[17]. «От него исходит такая энергия, сила!.. – восклицает выпускница юрфака, ныне судья Томского областного суда. – Он сумел привить в то вре-

[15] Письмо от 1 августа 1951 г. (личный архив Б. Л. Хаскельберга).
[16] *Отмахов И.* Полвека в ТГУ. С. 3; *он же.* Свет разума пронес через войну. С. 12.
[17] *Бегинина Е.* Указ. соч. С. 2.

мя, когда гражданское право еще не было модным правом, такой интерес к нему, что я была уверена – оно мне понадобится всегда»[18].

Щепетильность и пунктуальность, характерные, как уже отмечалось, для научного творчества Б. Л. Хаскельберга, проявляются и в его отношении к преподаванию. Это принципиальный, требовательный к себе и к другим и в то же время удивительно чуткий человек, справедливый и добросердечный. Во всем, что он делает, – его добросовестность, глубокие знания, искренность, доброжелательность. С этой оценкой, вне всяких сомнений, согласится любой, кто учится или когда-либо учился у Бориса Лазаревича, работал с ним бок о бок или просто знаком с ним.

Но в том, что касается выполнения студентами их учебных обязанностей, доброжелательность и чуткость нисколько не мешают Б. Л. Хаскельбергу быть строгим и требовательным. И студенты это прекрасно знают. Вряд ли есть другой предмет в программе юридического преподавания в Томском университете, который вызывал бы у студентов столько волнений в преддверии экзамена, как гражданское право. Все знают, что профессор Хаскельберг – строгий экзаменатор, но при этом объективный и справедливый в своих оценках.

Очень высок авторитет Б. Л. Хаскельберга и среди юристов-практиков, которые часто обращаются к нему за консультациями по наиболее сложным вопросам, возникающим в их деятельности, и получают квалифицированную помощь. Он читает лекции судьям, работникам правоохранительных органов, нотариусам. Ранее являлся членом научно-консультативных советов при Томском областном суде и Госарбитраже.

Большую педагогическую нагрузку и общественную деятельность Борис Лазаревич органически сочетал (и продолжает сочетать!) с постоянными научными поисками, решением и общих теоретических, и злободневных практических проблем гражданского и семейного права.

Хотя прекрасную цивилистическую школу Борис Лазаревич прошел в Ленинграде, его рост как ученого все же связан с Томским университетом. Когда был принят новый Устав железных дорог СССР, он решает заняться исследованием столь сложной области гражданского права, как правовое регулирование отношений железнодорожной перевозки. Он исследует данную проблематику под углом зрения новых идей и направлений, которые были выдвинуты в связи с осуществлявшимся тогда в СССР совершенствованием хозяйственного механизма. Изучению подвергаются такие проблемы, как план и договор железнодорожной перевозки, права и обязанности участников отношений перевозки и ответст-

[18] *Семанчева Л. В.* Светлый дух университета // Вердикт (газета Юридического института Томского государственного университета). 2003. № 4. Октябрь. С. 3.

г. Томск, январь 2001 г. Во время визита председателя Высшего Арбитражного Суда РФ В. Ф. Яковлева. Третий слева – В. Ф. Яковлев, первый справа – проф. И. В. Федоров, второй справа – Б. Л. Хаскельберг

г. Томск, май 2003 г. 85-летний юбилей

г. Томск, 7 мая 2005 г. Вручение награды.
Справа – ректор Томского университета проф. Г. В. Майер

г. Томск, февраль 2008 г.
В рабочем кабинете

венность за их нарушения. Развивается идея о единстве обязательства перевозки груза между организациями, включающего несколько относительно самостоятельных обязательств, возникающих из плана, договора перевозки и других юридических фактов. Исследуя теоретически сложный и важный вопрос о соотношении плана и договора железнодорожной перевозки, Б. Л. Хаскельберг выявляет и обосновывает роль плана и особенности договора перевозки и формулирует новые научные выводы. В частности, им обосновывается необходимость отказа от исключительности транспорта в области имущественной ответственности и сближения регулирования ответственности перевозчика с общими нормами о гражданско-правовой ответственности по хозяйственным обязательствам, разрабатываются многочисленные рекомендации по совершенствованию как самого транспортного законодательства, так и практики его применения.

В 1969 г. на основе тщательных исследований, в том числе изучения обширнейшей арбитражной практики, Б. Л. Хаскельберг защищает в Институте философии и права АН КазССР (г. Алма-Ата) докторскую диссертацию на тему «Обязательство железнодорожной перевозки груза по советскому праву», внесшую значительный вклад в отечественную гражданско-правовую науку. Оппонентами по диссертации были известные отечественные цивилисты Ю. Г. Басин, М. Г. Масевич и О. Н. Садиков.

Научная деятельность Б. Л. Хаскельберга плодотворна и многогранна. Его научные исследования посвящены гражданско-правовому регулированию отношений собственности, договорам купли-продажи и долевого участия в строительстве, внедоговорным обязательствам, проблемам совершенствования норм транспортного, жилищного, брачно-семейного законодательства и практики их применения. Им опубликовано более 130 научных и учебно-методических работ, среди которых широко известные ученым-юристам и практическим работникам монографии: «Ответственность железных дорог за несохранность груза» (М., 1966), «Новый Кодекс о браке и семье РСФСР» (Томск, 1970, в соавторстве с В. П. Шахматовым), «Ответственность за нарушение плана и договора железнодорожной перевозки грузов» (Томск, 1981; в 1983 г. удостоена премии ТГУ).

В последнее десятилетие деятельность Б. Л. Хаскельберга как ученого связана с исследованием общезначимых для гражданского права теоретических конструкций, фундаментальных вопросов договорного права. Его две монографии, написанные в соавторстве с В. В. Ровным, «Индивидуальное и родовое в гражданском праве» (Иркутск, 2001; 2-е изд. М., 2004) и «Консенсуальные и реальные договоры в гражданском

праве» (Томск, 2003; 2-е изд. М., 2004), могут служить примером глубокого методологического анализа в области цивилистики.

Значительный вклад в развитие теории гражданского права Б. Л. Хаскельберг внес своими недавними исследованиями теоретико-прикладных аспектов реформы наследственного права России, а также проблем правового регулирования отношений в сфере оборота недвижимого имущества.

Научные исследования Б. Л. Хаскельберга всегда актуальны, теоретически глубоки и практически значимы. Им, как и первой его научной работе, защищенной в 1950 г. в качестве кандидатской диссертации, присущи широкая эрудиция, тщательнейшая аргументация, обоснованность научных обобщений и предложений по совершенствованию гражданского законодательства и практики его применения, умелое сочетание исследования общих теоретических проблем с анализом и решением практических, злободневных вопросов. Значимость его работ для понимания новейшего законодательства в сфере экономических отношений несомненна.

Принципы научного творчества, неизменно отстаиваемые Борисом Лазаревичем, нашли свое воплощение и в издаваемом с 2004 г. Томским университетом ежегоднике гражданского права «Цивилистические исследования»[19]. Ежегодник задумывался и создавался при непосредственном участии Бориса Лазаревича, являющегося его соредактором, председателем редколлегии и, конечно же, постоянным автором.

А сколько научных трудов написано под руководством Бориса Лазаревича его учениками и коллегами! У него настоящий дар определять способных и трудолюбивых студентов, прививать им потребность и любовь к учебе и творчеству сначала в студенческих научных кружках, а затем в аспирантуре. Его ученики, даже «остепенившись», пользуются его советами и поддержкой в своей дальнейшей научной и педагогической деятельности. Сотни его учеников – целые поколения юристов – трудятся на просторах Сибири и в других регионах России в судах, правоохранительных органах, на предприятиях, в учебных заведениях и научно-исследовательских учреждениях. Под его руководством выполнено и защищено 18 кандидатских и пять докторских диссертаций по гражданскому праву.

---

[19] На сегодня вышло три выпуска: Цивилистические исследования. Вып. I [2004]: Сб. научных трудов памяти проф. И. В. Федорова / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2004. 380 с.; Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. II (2005) / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2006. 688 с.; Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. III [2006] / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2007. 636 с.

И подготовка Борисом Лазаревичем ученых-юристов продолжается по сей день. Как научного руководителя Б. Л. Хаскельберга характеризуют мудрость и терпение в воспитании молодых ученых, уважительное отношение к ним, культура общения и интеллигентность, стремление привить им такое же чувство благоговения перед наукой, какое свойственно ему самому. Нынешние аспиранты пользуются щедрым источником знаний своего учителя, но и хорошо знают его научную принципиальность и требовательность.

Ученики Бориса Лазаревича считают большой удачей в своей жизни возможность общения и дальнейшего сотрудничества со своим учителем на научном и преподавательском поприще, а также в сфере практической юриспруденции. С огромной благодарностью отмечают они пройденную под руководством профессора Хаскельберга цивилистическую школу и всю свою последующую жизнь стремятся не снижать заданную их любимым учителем профессиональную планку. Научная и педагогическая деятельность Б. Л. Хаскельберга является для всех примером беззаветного творческого служения любимому делу.

День рождения Бориса Лазаревича – 28 мая – совпадает с днем подписания в 1878 г. Александром II решения Государственного совета об учреждении в Томске Императорского Сибирского университета. А в 1898 г., т. е. через 10 лет после основания Томского университета, в нем был открыт юридический факультет (в настоящее время старейший в университете). Таким образом, в этом году Томский университет празднует три юбилея – свое 130-летие, 110-летие юридического факультета (ныне Юридического института в составе университета) и 90-летие профессора Бориса Лазаревича Хаскельберга, отдавшего служению *alma mater* без малого 60 лет – почти 2/3 своей жизни!

Десять лет назад, во время празднования в 1998 г. 100-летия ЮИ, Борис Лазаревич говорил: «Для меня особенно дорог юбилей факультета, на котором работаю почти полвека... Испытываю радость, что могу продолжать трудиться и мой труд положительно оценивается коллегами, учениками и студентами. Мне весьма приятно было прочесть в одном из поздравлений ко дню рождения следующие слова: "Учитель! Сколько надо души и огня, чтобы слушали, чтобы верили, чтобы помнили тебя!" Продолжая работать, продолжаю жить»[20].

И сегодня Борис Лазаревич неутомим и деятелен, как и прежде. Список его научных трудов вызывает и изумление, и восхищение. Давно перевалив за сотню, он продолжает пополняться, и даже кажется, что

[20] Преемственность поколений // *Alma mater* (газета Томского государственного университета). 1998. 23 окт., пятница. № 16 (2254). С. 9.

это пополнение происходит интенсивнее, чем прежде. Как говорит сам Борис Лазаревич, «ученый – это не тот, кто занимается наукой, а тот, кто не может ею не заниматься»[21].

Выдающийся вклад профессора Б. Л. Хаскельберга в науку и юридическое образование отмечен многими наградами и почетными званиями. Это нагрудные знаки Министерства образования «За отличные успехи в работе» (1978 г.) и «Почетный работник высшего профессионального образования России» (1998 г.), знак Всесоюзного общества «Знание» «За активную работу» (1986 г.), медаль «За заслуги перед Томским государственным университетом» (1998 г.), памятная медаль им. А. Ф. Кони (1998 г.), звание заслуженного юриста Российской Федерации (1998 г.), почетная грамота Государственной думы Томской области (2003 г.). В 2004 г. он был удостоен звания заслуженного профессора Томского университета. Как отметил на торжественном собрании ректор, профессор Г. В. Майер, это звание присваивается тем, «кто внес огромный вклад в развитие Томского университета... кто олицетворяет собой университет... Заслуженные профессора – это символ и гордость ТГУ. Они восприняли традиции "alma mater", развили и сохранили их»[22].

Действительно, все годы работы Бориса Лазаревича в университете – пример редкой самоотдачи, свойственной тем, кто, пройдя через войну, через все тяготы и лишения, пережитые нашим народом, упорным трудом зарабатывал себе и другим право жить, учиться, работать.

Конечно, годы берут свое, время не проходит бесследно. Но вот что удивительно: кругозор юбиляра, его память, способность понимать тонкости и хитросплетения нашей современной действительности, отстаивать и аргументировать свое мнение, – все это сохранилось и продолжает использоваться, как и в былые времена, да еще и с поправкой на житейскую мудрость!

Дорогой Борис Лазаревич, поздравляем Вас с юбилеем, желаем здоровья, плодотворного научного поиска и все той же неиссякаемой энергии в любимом деле!

Благодарные ученики и коллеги:
Т. Ю. Баришпольская,
Д. О. Тузов,
В. М. Чернов

[21] Цит. по: *Листкова Т.* Указ. соч. С. 5.

[22] Слава вам, профессора! // Красное знамя (томская областная ежедневная газета). 2004. 1 июня, вторник. № 69 (25149).

БИБЛИОГРАФИЯ ОСНОВНЫХ ТРУДОВ ПРОФЕССОРА Б. Л. ХАСКЕЛЬБЕРГА

1. Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук / ЛГУ. Л., 1950. 465 с.
2. Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / ЛГУ. Л., 1950. 23 с.
3. Риск случайной гибели проданной вещи по советскому гражданскому праву // Учен. зап. Том. гос. ун-та. Вып. 23: Юридические науки. Томск, 1954. С. 39–52.
4. Некоторые вопросы гражданско-правовой защиты личной собственности в СССР // Труды Том. гос. ун-та. Т. 127. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1956. С. 89–109.
5. Право общей собственности граждан (по материалам судебной практики) // Труды Том. гос. ун-та. Т. 137: Пятая научная конференция Томского государственного университета, посвященная 350-летию Томска. Секция юридических наук. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1957. С. 59–73.
6. Приобретение права личной собственности // Очерки по гражданскому праву / Посвящается А. В. Венедиктову к 70-летию со дня рождения и 45-летию научно-педагогической деятельности. Л.: Изд-во ЛГУ, 1957. С. 93–110.
7. Содержание права личной собственности граждан СССР // Учен. зап. Том. ун-та. № 33: Секция юридическая. 1957. С. 63–76.
8. Договор купли-продажи в розничной торговле // Учен. зап. Том. ун-та. Секция юридическая. 1957. № 33. С. 77–88.

9. Спорные вопросы определения размера возмещения материального ущерба при повреждении здоровья // Доклады научной конференции, посвященной 10-летию юридического факультета Томского государственного университета. Томск, 1958. С. 16–19.
10. Правовые вопросы исполнения плана железнодорожных перевозок грузов // Труды Том. гос. ун-та. Т. 157: Серия юридическая. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1959. С. 64–78.
11. Гражданско-правовая ответственность за невыполнение месячного плана железнодорожных перевозок грузов // Известия высших учебных заведений: Правоведение. 1960. № 2. С. 94–105.
12. Условия освобождения от материальной ответственности за невыполнение плана железнодорожных перевозок грузов // Труды Том. гос. ун-та. Т. 156: Сборник работ юридического факультета. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1961. С. 32–47.
13. Практика Президиума Томского областного суда по гражданским делам за 1960 г. // Там же. С. 62–77 [*в соавторстве с И. Г. Аксеновым, Л. Г. Малаховской, В. Н. Петровым, В. Н. Щегловым*].
14. Некоторые вопросы правового регулирования личной собственности в период развернутого строительства коммунизма // Вопросы экономики, государства и права в решении XXII съезда КПСС (доклады). Май 1962 г. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1962. С. 77–80.
15. О риске случайной гибели вещи при перевозке тканей // Советская юстиция. 1963. № 4. С. 28–29 [*в соавторстве с А. Г. Цвелевым, С. П. Хитринским*].
16. Рассмотрение споров о разделе имущества супругов // Советская юстиция. 1963. № 19. С. 8–9 [*в соавторстве с А. Грицановым*].
17. Об обязательстве, возникающем на основании плана железнодорожных перевозок грузов // Труды Том. гос. ун-та. Т. 162: Вопросы экономики и права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1963. С. 64–74.
18. О смешанной ответственности по договору железнодорожной перевозки за сохранность груза // Доклады по вопросам конкретной экономики и советского права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1963. С. 80–82.
19. Момент перехода права собственности по договору в новом Гражданском кодексе // Советская юстиция. 1964. № 23. С. 19–20.

20. Условия гражданской ответственности железных дорог за сохранность груза // Доклады итоговой научной конференции юридических факультетов (декабрь 1964 г.). Томск: Изд-во Том. ун-та, 1964. С. 52–55.
21. Основания гражданской ответственности железной дороги за сохранность груза // Труды Том. гос. ун-та. Т. 159. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1965. С. 47–61.
22. Учет вины грузоотправителя и грузополучателя при определении размера возмещения железной дорогой за утрату и повреждение груза // Труды Том. гос. ун-та. Т. 183: Серия юридическая: Вопросы советского государства и права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1966. С. 98–108.
23. Ответственность железных дорог за несохранность груза. М.: Юрид. лит., 1966. 141 с.
24. К вопросу о принципе и размере ответственности за невыполнение плана железнодорожных перевозок грузов // Труды Том. гос. ун-та. Т. 199. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1968. С. 111–123.
25. Понятие обязательства железнодорожной перевозки груза // Труды Том. гос. ун-та. Т. 194. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1969. С. 48–59.
26. Права и обязанности участников обязательства железнодорожной перевозки груза и их реализация // Там же. С. 60–123.
27. Обязательство железнодорожной перевозки груза по советскому праву: Дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 1969: Т. I. 410 с.; Т. II. 322 с.
28. Обязательство железнодорожной перевозки груза по советскому праву: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 1969. 50 с.
29. Изменение договора железнодорожной перевозки груза // Труды Том. гос. ун-та. Т. 208: Сб. работ юрид. факультета. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1970. С. 40–49.
30. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1970. 318 с. [*в соавторстве с В. П. Шахматовым*].
31. Правовое положение транспортных организаций при перевозке грузов в прямом и прямом смешанном сообщении // Проблемы советского государства и права. № 1–2. Иркутск, 1972. С. 125–136.
32. Правовые последствия просрочки доставки грузов железной дорогой // Труды Том. гос. ун-та. Т. 216: Актуальные вопросы государства и права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1972. С. 108–113.

33. Ответственность за несохранность груза, возникающую вследствие перевозки в неисправном вагоне (контейнере) // Труды Том. гос. ун-та. Т. 234: Вопросы государства и права. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1974. С. 56–62.
34. О соотношении обязательств поставки и грузовой перевозки // Известия высших учебных заведений: Правоведение. 1974. № 2. С. 56–66.
35. Ответственность за недопоставку ввиду отсутствия перевозочных средств // Советская юстиция. 1974. № 6. С. 18–20
36. Правовая природа сбора за хранение груза на станции назначения // Труды Том. гос. ун-та. Т. 260: Проблемы повышения эффективности правового регулирования на современном этапе. Вып. I. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1976. С. 88–93.
37. О взаимодействии плана и договора перевозки груза // Проблемы повышения эффективности правового регулирования на современном этапе. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1977. С. 88–92.
38. Повышение и уменьшение размера неустойки арбитражем // Известия высших учебных заведений: Правоведение. 1978. № 2. С. 35–43.
39. О совершенствовании законодательства, определяющего ответственность за нарушение обязательств перевозки грузов // Конституция СССР и вопросы правового регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск, 1980.
40. Вопросы исковой давности в семейном праве // Вопросы повышения эффективности правового регулирования. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1980. С. 46–52.
41. Об ответственности за порчу скоропортящейся продукции, доставленной железной дорогой с просрочкой // Вопросы теории и практики гражданского и трудового права и гражданского судопроизводства. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1981. С. 3–8.
42. Ответственность за нарушения плана и договора железнодорожной перевозки грузов. Томск, 1981. 224 с.
43. Вопросы судебного установления отцовства // Вопросы совершенствования гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1983. С. 30–40.
44. Расторжение договора найма жилого помещения и выселение по Основам жилищного законодательства // Актуальные вопросы государства и права на современном этапе: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1983.

45. Вопросы практики применения транспортного законодательства // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1985. С. 45–55.
46. Стабильность пользования жилым помещениям по новому жилищному законодательству // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1987. С. 88–106.
47. Роль договора в регулировании отношений грузовой перевозки // Проблемы гражданского права: Сб. статей. Л.: Изд-во ЛГУ, 1987. С. 151–164.
48. Юридические гарантии при заселении освободившегося в квартире жилого помещения // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1987.
49. Применение исковой давности по обязательствам из причинения вреда в связи с повреждением здоровья гражданина // Проблемы теории и практики гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1987. С. 112–123.
50. Сохранение права пользования жилым помещением за временно отсутствующими лицами // Вопросы совершенствования гражданско-правового регулирования: Сб. статей. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1990. С. 28–37.
51. Меры поощрения как средство стимулирования в транспортных правоотношениях // Совершенствование правового регулирования имущественных отношений. Иркутск, 1992. С. 77–85.
52. Обращение принудительного взыскания на долю в общем имуществе по Гражданскому кодексу РФ // Российская юстиция. 1995. № 10. С. 14–15 [*в соавторстве с Г. Л. Осокиной*].
53. Изменение и расторжение договора по Гражданскому кодексу Российской Федерации // Актуальные проблемы государства и права в современный период: Сб. статей / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1996. С. 230–232.
54. Ответственность перевозчика за несохранность груза по российскому законодательству // Российский юридический журнал. 1998. № 4. С. 59–70.
55. Изменение и расторжение гражданско-правового договора // Состояние и проблемы развития российского законодательства: Сб. статей / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1998. С. 88–95.

56. Регулирование Гражданским кодексом Российской Федерации перевозки (общая характеристика) // Актуальные проблемы правоведения в современный период: Сб. статей. Ч. 2 / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1998. С. 48–51.
57. Значение государственной регистрации прав на недвижимое имущество // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 2 / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1999. С. 11–17.
58. Исполнение договора купли-продажи и переход права собственности // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства: Сб. статей. Ч. 2 / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1999. С. 10–16.
59. Приобретение права собственности по договору на недвижимое имущество // Вестник Томского государственного университета. № 276. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1999. С. 97–101.
60. О моменте перехода права собственности по договору продажи недвижимого имущества // Актуальные проблемы правовой науки и практики: Сб. научных трудов. Кемерово, 1999. С. 568–585.
61. Об основании и моменте перехода права собственности на движимые вещи по договору // Правоведение. 2000. № 3. С. 121–132.
62. Правовое значение государственной регистрации сделок с недвижимым имуществом // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 5 / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. С. 8–14.
63. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. Иркутск: Иркутская областная типография № 1, 2001. 256 с. [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
64. Договоры консенсуальные и реальные: теоретические вопросы классификации и характеристика основных особенностей // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 12. Алматы: Академия юриспруденции – ВШП «Әділет», 2001. С. 60–116 [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
65. О правовой природе процентов годовых (ст. 395 ГК РФ) // Правосудие в Восточной Сибири: Региональный научно-практический журнал. 2001. № 1–2. С. 63–73 [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
66. К вопросу об исполнении в натуре обязательства долевого строительства // Правовые проблемы укрепления российской го-

сударственности: Сб. статей / Под ред. Б. Л. Хаскельберга. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2001. С. 8–11.

67. Обязанность продавца – обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствия ее неисполнения // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 73–103 [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
68. Договор о долевом участии в строительстве: вопросы судебно-арбитражной практики // Гражданское законодательство Республики Казахстан / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 14. Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 154–176.
69. Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 22–25.
70. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2003. 134 с. [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
71. К вопросу о правопреемстве на основании завещательного отказа // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 16 / Под ред. Б. Л. Хаскельберга. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2003. С. 7–11.
72. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2004. 236 с. [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
73. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. [2-е, стереот. изд.] М.: Статут, 2004. 124 с. [*в соавторстве с В. В. Ровным*].
74. Наследование по праву представления и переход права на принятие наследства // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3: К 80-летию С. С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 224–249.
75. Правоотношение из завещательного отказа и его элементы // Цивилистические исследования. Вып. I [2004]: Сб. научных трудов памяти проф. И. В. Федорова / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2004. С. 78–110.
76. О легальных ограничениях наследования по праву представления // Правовые проблемы укрепления российской государст-

венности: Сб. статей. Ч. 19 / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, В. М. Лебедева. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2004. С. 3–8.

77. Некоторые вопросы договора отчуждения недвижимости и государственная регистрация права собственности // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 24 / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, В. М. Лебедева, Г. Л. Осокиной. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2005. С. 3–12.
78. Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы) // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. II (2005) / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2006. С. 335–377.
79. Олимпиад Соломонович Иоффе (1920 – 2005) [некролог] // Там же. С. 678–682 [*в соавторстве с Д. О. Тузовым*].
80. К вопросу о правовой природе традиции // Сборник статей к 55-летию Е. А. Крашенинникова: Сб. науч. тр. / Отв. ред. П. А. Варул. Ярославль, 2006. С. 123–129.
81. Новый Жилищный кодекс России и проблема «коммуналок» // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 32 / Ред. Б. Л. Хаскельберг, В. М. Лебедев, Г. Л. Осокина. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2006. С. 3–8.
82. Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. III [2006] / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2007. С. 310–344.
83. О регулярном и иррегулярном хранении вещей // Сборник памяти М. М. Агаркова. Ярославль, 2007. С. 87–100.
84. Правовая природа и значение государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество [*публикуется впервые в настоящем издании*].

ВОПРОСЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ПО ДОГОВОРУ

ОСНОВАНИЯ И СПОСОБЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ (ОБЩИЕ ВОПРОСЫ)*

Проблема правового регулирования отношений, связанных с приобретением права собственности, принимая во внимание основополагающее значение собственности, а также актов отчуждения (приобретения) имущества как основы имущественного оборота, всегда актуальна и неизменно вызывает интерес цивилистов. Основное внимание при исследовании данной проблемы уделяется вопросам разграничения первоначального и производного приобретения (в литературе как правило используются термины «первоначальные» и «производные *способы*» приобретения права собственности), более или менее подробно раскрывается содержание предусмотренных законодательством оснований приобретения права собственности. Однако недостаточно внимания уделяется общим вопросам об основаниях и главным образом о способах приобретения права собственности, о конструкции «переход права собственности» при производном приобретении этого права.

В настоящей статье рассматриваются понятия оснований и способов приобретения права собственности, их соотношение, а также передача вещи (традиция) как способ приобретения права собственности.

I

Субъективные гражданские права возникают, изменяются и прекращаются на основании разнообразных юридических фактов, то есть жизненных обстоятельств, с которыми правовые нормы связывают наступление определенных юридических последствий. Разнооб-

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы) // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. II (2005) / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2006. С. 335–377. – *Прим. ред.*

разны и юридические факты, с которыми объективное право связывает возникновение субъективного вещного права собственности. Таковы изготовление вещи лицом для себя, обращение в собственность общедоступных для сбора вещей, различные гражданско-правовые сделки, наследование и др. (ст. 218, 221 ГК РФ).

На основании одних юридических фактов право собственности возникает у того или иного лица впервые, а на основании других – переходит от одного лица другому лицу. Соответственно, принято выделять способы приобретения права собственности первоначальные (*acquisitio originaria*) и производные (*acquisitio derivativa*). Эта классификация известна и отечественной цивилистике. В определении понятия каждого из этих способов существенных расхождений у дореволюционных русских цивилистов, в принципе признававших это деление, не обнаруживается. Если право собственности данного лица, писал Г. Ф. Шершеневич, устанавливается самостоятельно и независимо от другого лица, т. е. на объекты, которые еще не принадлежали на праве собственности, или, хотя и принадлежали другому лицу, но приобретаются независимо от прав предшествующего собственника, то такой способ является первоначальным. По производному способу право собственности у данного лица устанавливается на основании права прежнего собственника[1]. Он усматривал юридическое значение деления способов приобретения права собственности в том, что «при производном способе приобретения объем прав обусловливается правом прежнего собственника, чего нет при первоначальном способе»[2]. Кроме того, при производном способе возникает необходимость проверки прав прежних собственников, а при первоначальном способе такой необходимости нет[3]. На существенное юридическое различие между производными и первоначальными способами приобретения права собственности указывал и В. И. Синайский: «...При первом – право собственности несет с собой новому собственнику обременения, лежащие на собственности; при втором – право собственности свободно от них. Поэтому первый способ можно назвать *преемством*»[4].

---

[1] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. 6-е изд. СПб., 1907. С. 256.

[2] Там же.

[3] См. там же. С. 257.

[4] *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 218–219. См. также: *Гамбаров Ю. С.* Гражданское право. Общая часть. М.: Зерцало, 2003. С. 650–665 (на указанных страницах автор определяет понятия первоначального и производного приобретения права вообще, а не только права собственности); *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 303.

Критическое отношение к разделению способов приобретения права собственности на первоначальные и производные высказывал Д. И. Мейер. Он считал это подразделение не имеющим «никакого практического интереса, так как наше право с этим разделением не связывает никаких юридических последствий». И далее: «Само разделение оказывается потому праздным, излишним и даже вредным, что различие в юридических понятиях всегда дает повод думать о различии в юридических определениях, а если этого нет, то различие ведет только к ошибочному представлению»[5]. Д. И. Мейер считал исходную точку зрения о разделении способов приобретения права собственности на «первообразные» и «производные» неверной, «ибо в нашем юридическом быту нет вещей, никому не принадлежащих, а если они и существуют в мире, то совершенно чужды юридическим определениям, как, например, планеты»[6]. По его мнению, способы приобретения права собственности можно разделить «на способы, требующие посредства владения», т. е. право собственности не приобретается, если приобретатель не вступает во владение вещью, «и способы, не зависящие от владения»[7].

Между тем выделение первоначальных и производных способов приобретения права собственности и определение каждого из них известно не только дореволюционной российской цивилистике, но и законодательству. Так, в т. X Свода законов гражданских Российской империи имелось следующее положение: «Кто, быв первым приобретателем имущества, по законному укреплению его в частную принадлежность, получил власть в порядке, гражданскими законами установленном... или кому власть сия от первого ее приобретателя дошла непосредственно или через последующие законные передачи и укрепления, тот имеет на сие имущество *право собственности* (ст. 420)». В этих определениях, таким образом, указывались условия, при наличии которых лицо приобретало право собственности тем или другим способом.

В современной юридической литературе отрицательное отношение к обсуждаемой классификации способов приобретения права собственности высказал Е. А. Суханов, подчеркнув, что наше законодательство не всегда придерживается римского принципа *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, и зачастую не связывает

[5] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. СПб., 1902. С. 295.
[6] Там же. Критику этих взглядов Д. И. Мейера см.: *Васьковский Е. В.* Указ. соч. С. 304.
[7] *Мейер Д. И.* Указ. соч. С. 301.

каких-либо правовых последствий с этим делением[8]. Впоследствии он, по-видимому, изменил свое отношение к этой классификации[9].

В отечественной цивилистике – как современной, так и советского периода – разделение способов приобретения права собственности на первоначальные и производные признается, как правило, без каких-либо оговорок, чего нельзя сказать о критериях этой классификации. По последнему вопросу не было и нет единства мнений. В рамках данной дискуссии обсуждались и обсуждаются практически две позиции.

По мнению одних, к первоначальным относятся способы, посредством которых у данного лица возникает право собственности на имущество, ранее никому не принадлежавшее на праве собственности, т. е. впервые, либо независимо от права и воли предшествующего правообладателя. Производные способы приобретения имеют место в тех случаях, когда право собственности нового собственника основывается на праве предшествующего собственника, т. е. происходит правопреемство[10].

Разграничение способов приобретения права собственности по двум критериям – волевому и признаку правопреемства – нарушает принципиальное требование всякой классификации объектов и явлений – единства избранного критерия и потому подвергалось критике. Единый – волевой – признак в основу разграничения способов приобретения права собственности положил О. С. Иоффе: первоначальный способ характеризуется тем, что право собственности на определенную вещь приобретается либо впервые, либо помимо воли ее предшествующего собственника, а производный способ – тем, что право собственности приобретается по воле предшествующего собственника и с согласия приобретателя[11].

---

[8] Гражданское право. В 2-х т.: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1993. С. 205.

[9] См.: Гражданское право. Т. 1. 2-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1998. С. 492–494.

[10] См.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М., 1944. С. 230 (автор – *Д. М. Генкин*); *Генкин Д. М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 125–126; Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. И. Б. Новицкий, П. Е. Орловский. М., 1959. С. 229–230 (автор – *А. А. Каравайкин*); Советское гражданское право. Т. 1. Изд-во Саратовского университета, 1991. С. 237, 239 (автор – *В. П. Никитина*); Советское гражданское право. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 304–305 (автор – *М. Я. Кириллова*). – В позиции авторов приведенных работ легко обнаружить сходство с соответствующими высказываниями дореволюционных русских цивилистов, например Ю. С. Гамбарова (см.: *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 650–651).

[11] См.: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. (Курс лекций). Изд-во ЛГУ, 1958. С. 283, 293; *он же.* Советское гражданское право. М., 1967. С. 315–316, 387, 389.

Подвергнув позицию О. С. Иоффе подробному критическому анализу, Б. Б. Черепахин предложил в качестве единого основания разграничения первоначального и производного приобретения права собственности «взять не волевой момент, а зависимость права приобретателя от права предшественника»[12].

Действительно, в некоторых случаях производного приобретения волевой критерий не проявляется, например при наследовании по закону, а иногда такое приобретение происходит даже и вопреки воле наследодателя – при наследовании обязательной доли необходимым наследником, лишенным завещателем права наследования (ст. 1149 ГК РФ). Поэтому наиболее адекватным для разграничения первоначального и производного правоприобретения критерием, охватывающим все разнообразие оснований возникновения права собственности, следует признать *правопреемство*. В отличие от других известных признаков разграничения первоначального и производного приобретения права собственности, критерий правопреемства является единым, не знающим исключений, а единство критерия – обязательное требование при проведении любой классификации предметов или явлений[13].

Отдельные советские ученые отрицали значение рассматриваемой классификации на том основании, что закон такого деления не предусматривает и не связывает с ним никаких правовых последст-

---

[12] *Черепахин Б. Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 9; *он же.* Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 313. О правопреемстве как критерии разграничения первоначальных и производных способов приобретения права собственности в середине XIX в. писал К. П. Победоносцев, не только определивший эти понятия, но и указавший, что исторически первоначальные способы предшествуют производным, но постепенно уступают место последним и ими вытесняются, все менее и менее находя себе применение (см.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Первая часть. М.: Статут, 2002. С. 304). Вместе с тем развитие науки и техники, обеспечивающее все более масштабное овладение человеком природой, создание на этой почве новых видов технологий и производств едва ли позволяют применительно к современному обществу говорить о вытеснении первоначальных способов приобретения права собственности. К тому же определение, какие способы используются в современном обществе более и какие менее, вряд ли имело бы практическое значение.

[13] В юридической литературе высказывается мнение, что правопреемство возможно как в случаях производного, так и первоначального приобретения, в связи с чем этот критерий нельзя признать основанием обсуждаемой классификации. «Главная задача – установить зависимость возникновения права у приобретателя от наличия передаваемого права у предшествующего обладателя» (см.: Право и собственность в Республике Казахстан / Отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы, 1998. С. 146; автор – *К. М. Ильясова*). С приведенным суждением нельзя согласиться. Если у отчуждателя право отсутствует, оно и не может быть передано и, следовательно, в этом случае правопреемство невозможно. Напротив, если лицо обладает передаваемым по его воле правом, оно, бесспорно, приобретается в порядке правопреемства; но и право, отчуждаемое помимо его воли, также переходит в порядке правопреемства.

вий[14]. Действительно, прямых указаний о классификации способов приобретения права собственности и тем более наименований «первоначальные» и «производные» ГК РСФСР 1964 г. не содержал, не содержит их и Гражданский кодекс РФ. Однако это само по себе не дает оснований для отказа от рассматриваемой классификации. Ст. 218 действующего ГК предусматривает различные основания приобретения права собственности, которые, опираясь на традиционную классификацию способов приобретения этого права, могут быть подразделены на две группы: первоначальные основания (п. 1, 3) и производные (п. 2, 4).

Традиционная классификация приобретения права собственности на первоначальное и производное имеет двоякое значение: для определения объема правомочий приобретателя (при первоначальном приобретении этот объем определяется законом, при производном – также и объемом правомочий правопредшественника) и для решения вопроса о сохранении обязательственных прав, обременяющих приобретаемое имущество (при первоначальном приобретении они прекращаются, а при производном сохраняются, следуя за вещью (ст. 353, п. 1 ст. 586, ст. 617, 675 ГК РФ). Это вовсе не означает, что содержание всех правомочий приобретателя при производном приобретении полностью совпадает с содержанием этих правомочий правопредшественника.

В подтверждение практического значения разграничения первоначального и производного приобретения права собственности можно, в частности, сослаться на то, что в зависимости от того или иного основания законом установлены соответствующие правовые последствия приобретения. Так, правовой режим первоначального приобретения права собственности на основании спецификации (ст. 220 ГК РФ) и производного приобретения на основании договора купли-продажи (ст. 454 ГК) существенно различаются. На основании договора купли-продажи право покупателя опирается на право, которым обладал продавец, и происходит правопреемство. Право, приобретаемое на основании спецификации, опирается лишь на этот юридический факт спецификации. Первоначальное приобретение, указывал Ю. С. Гамбаров, «имеет достаточное основание в своем собственном составе и не нуждается в доказательстве своего родословного древа; оно не зависит от прав предшественников и основано непосредственно на объективном правопорядке»[15].

[14] См.: Советское гражданское право. Т. 1. М., 1979. С. 301 (автор – *С. М. Корнеев*).
[15] *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 650.

II

Выделение в цивилистической доктрине первоначальных и производных способов приобретения права собственности обычно не сопровождается определением понятия «способ приобретения», указанием, какой смысл вкладывается в него; как правило, не разграничиваются также понятия «способ» и «основание» приобретения права собственности[16]. Нередко при классификации способов на самом деле речь идет не о способах, а об *основаниях* приобретения права собственности. Так, в качестве примера производного *способа* приобретения права собственности называются договоры купли-продажи, мены, дарения и другие сделки об отчуждении имущества, между тем как указанные сделки на самом деле являются именно *основаниями* приобретения права собственности[17], на что имеется прямое указание в п. 2 ст. 218 ГК РФ.

В юридической литературе основание приобретения субъективного права определяется как юридический факт или сложный фактический (юридический) состав, с которым объективное право связывает приобретение данным лицом определенного субъективного права. Что же касается понятия «*способ приобретения*» права, в частности права собственности на вещь, то ни в советской, ни в современной российской юридической литературе оно обычно не раскрывается[18], а

---

[16] В последние годы в нашей юридической литературе встречаются и исключения (см., напр.: Гражданское право. Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 6-е изд. М., 2002. С. 415, 446–447 (автор – *Ю. К. Толстой*); *Скловский К.* О действительности продажи чужого имущества // Вестник ВАС РФ. 2003. № 9; *Слыщенков В. А.* Передача (traditio) как способ приобретения права собственности // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М., 2002).

[17] Признание договора способом приобретения права собственности означает не только отождествление понятий «основание» и «способ», но и влечет другие сомнительные выводы. Так, Л. А. Чеговадзе указывает, что «договор купли-продажи является основным производным способом приобретения права собственности на вещи». Вместе с тем автор правильно отмечает, что установление права на товар связывается законом с моментом его передачи. И далее: «...Тем не менее, передача товара в собственность покупателя – это одно из необходимых условий установления права собственности» (см.: *Чеговадзе Л. А.* К дискуссии о природе имущественного права // Законодательство 2003. № 11. С. 26). Квалификация передачи в качестве *условия* вызывает определенные сомнения, хотя бы потому, что понятие «условие» в гражданском праве используется в различных смыслах. Между тем передача – это юридический факт-сделка, с которой закон связывает во всяком случае переход владения вещью к другому лицу. В другой работе тот же автор говорит о передаче как распорядительной сделке (см.: *Чеговадзе Л.* Проблемы приобретения и защиты права собственности (в том числе при совершении недействительных сделок) // Хозяйство и право. 2004. № 4. С. 107).

[18] Л. В. Щенникова, различая способ и основание приобретения права собственности, пишет: «При употреблении термина «способ», даже исходя из экономического значения этого слова

многими авторами отождествляется с понятием «*основание приобретения*» права собственности. «Способами (основаниями) возникновения права собственности, – писал А. А. Каравайкин, – называются юридические основания, по которым данное лицо становится собственником того или иного имущества»[19].

Аналогичное отождествление понятий «способ» и «основание» приобретения права собственности встречается в ряде других учебников по гражданскому праву. Вот что, например, писал В. А. Рясенцев: «*Основаниями* называются юридические факты, с которыми закон связывает возникновение права собственности. Тот же смысл имеет термин «способ возникновения» права собственности»[20].

По-видимому, не признает самостоятельности категории «способ приобретения права собственности» также Е. А. Суханов. Так как большинство юридических фактов (оснований) возникновения права собственности, замечает он, относится к группе юридических фактов-действий, их называют также *способами* приобретения права собственности[21].

Может показаться, что автор, озаглавив во втором издании учебника п. 1 § 3 гл. 15 «*Основания и способы* приобретения права собственности» (курсив мой. – *Б. Х.*), изменил свою позицию. Однако в действительности это не так. Основаниями приобретения права собственности, пишет Е. А. Суханов, являются различные правопорождающие факты, называющиеся также титулами собственности[22], которые могут приобретаться различными способами – первоначальными и производными. Разграничение первоначальных и производных спо-

---

(способ – действие или система действий, применяемых при осуществлении чего-нибудь), акцент делается на момент действия» (*Щенникова Л. В.* Вещные права в гражданском праве России. Учебное пособие. М., 1996. С. 27). Применительно к приобретению права собственности, принимая во внимание нормы п. 1 ст. 223 ГК, в которой говорится именно о моменте перехода права собственности и передаче как способе приобретения права собственности, можно согласиться с Л. В. Щенниковой. Однако это не означает, что и в других случаях употребления термина «способ» он имеет такое же значение.

[19] Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. И. Б. Новицкий и П. Е. Орловский. М., 1959. С. 229.

[20] Советское гражданское право. Ч. 1: Учебное пособие / Отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1960. С. 253; Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1975. С. 281 (в изд. 1985 г. – С. 282). См. также: Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. В. П. Грибанов, С. М. Корнеев. М., 1979. С. 294 (автор – *С. М. Корнеев*); Советское гражданское право. Т. 1. Изд-во Саратовского университета, 1991. С. 237 (автор – *В. П. Никитина*); Советское гражданское право. Ч. 1 / Под общ. ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. Киев, 1977. С. 257.

[21] См.: Гражданское право. В 2-х т.: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1993. С. 205.

[22] Гражданское право. Т. 1. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1998. С. 492–493.

собов приобретения права собственности по признаку правопреемства, пишет автор, «делает возможным различие понятий... основания возникновения права собственности (т. е. титулов собственности или правопорождающих юридических фактов) и «способы» приобретения права собственности (т. е. правоотношений, возникающих на основе соответствующих юридических фактов»)[23]. Таким образом, «способом» приобретения признается правоотношение, возникающее на основании соответствующих юридических фактов. Такое определение «способа» не раскрывает этого понятия. Например, правоотношение собственности есть результат действия способа, а потому не может выступать в качестве способа. Думается, что характеристика «способа» как правоотношения не соответствует смыслу слов «способ приобретения права». Автор различает общегражданские способы, к которым относит, например, правоотношения, возникающие на основе различных сделок, и специальные способы, «которые могут использоваться лишь строго определенными субъектами...»[24], приводя в качестве примера реквизицию, конфискацию и национализацию. Следует возразить, что сделки, реквизиция, конфискация, национализация являются не способами, а лишь основаниями приобретения права собственности. В ст. 218 ГК РФ сделки прямо называются именно основаниями приобретения этого права. Аналогичных указаний о реквизиции, конфискации, национализации в законе нет, что не меняет их значения как *оснований*, а способами являются иные юридические факты – действия по изъятию имущества у их собственников и передаче его государству.

Отождествление в литературе рассматриваемых понятий позволяет сделать вывод, что в них вкладывается одинаковое содержание, в связи с чем непонятно использование для их обозначения двух различных терминов – «основание» и «способ». При отсутствии же обоснования употребления различных терминов для обозначения одного и того же явления (а такое обоснование, как представляется, и невозможно) его следует признать не только неоправданным, но и недопустимым. Каждый термин обозначает определенное понятие, а каждое понятие имеет свое определенное содержание, выявление и формулирование которого – одна из задач исследователя. Если основание и способ приобретения права собственности (любого другого субъективного права) различны по своему содержанию, то их нельзя ни ото-

[23] Там же. С. 494.
[24] Там же.

ждествлять, ни подменять одно другим. Слова «способ» и «основание» не синонимичны в словарном составе русского литературного языка, а также, как представляется, в профессиональном (юридическом) словарном составе. Как будет показано далее, каждое из этих понятий имеет свое содержание, а основаниями и способами приобретения права собственности – отметим, забегая вперед, – являются различные юридические факты.

Как уже отмечалось, в советской и современной отечественной цивилистике общепринято разделение способов (а не оснований) приобретения права собственности на первоначальные и производные. При их характеристике внимание акцентируется на понятиях «первоначальный» и «производный» и критериях их разграничения, а понятие «способ» и отличие его от понятия «основание приобретения» права собственности» остается, как правило, вне внимания авторов. Лишь в отдельных случаях в литературе встречается определение способа приобретения права собственности[25], которое представляется ошибочным. Между тем способы и основания приобретения права собственности – это различные понятия, которые нельзя отождествлять, равно как и отказываться от их определения и уяснения различия между ними. Дело в том, что основаниями и способами приобретения права собственности являются, как будет показано далее, различные юридические факты, с которыми связываются и различные правовые последствия. Но прежде следует определить само понятие «приобретения субъективного права» вообще и «права собственности» – в частности.

Приобретение субъективного права есть установление или возникновение связи между данным правом и субъектом[26], а следовательно, определение границ поведения последнего, обеспечиваемого приобретенным правом.

Термин «приобретение права» в литературе употребляется в связке с другим термином: «возникновение права». Понятие «приобретение права» следует рассматривать в сопряжении с действиями приобретателя волевого характера[27]. Приобретение может опираться

---

[25] См.: Советское гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. И. Б. Новицкий и П. Е. Орловский. М., 1959. С. 229.

[26] См.: *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 649.

[27] «Всякое приобретение, – указывал К. П. Победоносцев, – есть прежде всего – акт воли приобретающей. Необходимо взять, принять, для чего, чтобы приобрести, усвоить себе. Чего я не хочу взять *как право гражданское,* того нельзя дать силой, навязать мне» (*Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 303). «Нельзя, – пишет сегодня О. Г. Ломидзе, – наделить субъекта гражданского оборота

на юридическую сделку, например купли-продажи, мены, ренты, но может иметь место и вследствие события – истечения времени. Так, в приобретении права собственности по давности владения безусловно проявляется воля владельца наряду с другими элементами сложного фактического состава, требуемого законом для приобретения давностным владельцем права собственности (ст. 234 ГК РФ).

Под приобретением имущества по договору следует понимать переход права собственности на него от одного лица к другому. Под это понятие не подпадает получение имущества в пользование, на хранение (ст. 606, 689, 886 ГК РФ) и т. п., не влекущее возникновения у лица, которому оно передано, права собственности. Приобретение может основываться не только на двустороннем акте (например, договоре), но и на одностороннем (например, принятии наследства). Понятие приобретения права собственности следует рассматривать вместе с другим понятием – «отчуждением», с которым оно неразрывно связано. Поскольку при передаче имущества в пользование, в доверительное управление, на хранение отсутствует приобретение как поступление имущества в собственность, то нет и отчуждения.

В римском праве отчуждение – это любой акт, посредством которого переносится право собственности[28]. «При отчуждении, – утверждал Помпоний, – мы переносим на другого собственность вместе с режимом, в котором находилась бы эта вещь, если бы она оставалась у нас, и это так во всем цивильном праве...» (*Pomp.* 39 ad Q. Muc.; D. 18, 1, 67)[29].

«В тесном смысле, – писал Ю. С. Гамбаров, – отчуждение есть прекращение права только путем перенесения его на другое лицо, и, следовательно, одно лишь субъективно прекращение права, т. е. прекращение его для данного лица, тогда как объективно отчужденное право продолжает жить в другом лице с тем же содержанием и теми

правом против его воли, равно как нельзя заставить субъекта осуществлять принадлежащее ему право. Поэтому наделение правом – результат действий правоприобретателя (*Ломидзе О. Г.* Правонаделение в гражданском законодательстве России. СПб., 2003. С. 34). Столь общее утверждение о невозможности наделения субъекта гражданского оборота правом против его воли нуждается в уточнении. Некоторые субъективные права могут возникать у лица и независимо или даже против его воли, например, право наследника принять или отказаться от наследства. Аналогично право легатария. Наделить правом собственности против воли субъекта нельзя, так как обладающий этим правом несет и определенные обязанности, возложение которых против воли субъекта противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ. Нельзя принудить и к *осуществлению* субъективного гражданского права.

[28] См.: *Дождев Д. В.* Римское право. Учебник. Изд. 2-е. М., 1999. С. 419.

[29] Цит. по: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 420.

же особенностями, которые отличали его и до акта отчуждения»[30]. Отчуждение вещи[31] – волевой акт, посредством которого право собственности переносится одним лицом – правообладателем на другое лицо – приобретателя, в результате чего происходит прекращение права собственности прежнего собственника и приобретение его правоприобретателем, иначе говоря, переход права собственности. Кстати, анализ п. 2 ст. 223 ГК РФ в системе с п. 1 этой же статьи и ст. 551 ГК, в которой говорится, что, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом, позволяет сделать вывод, что понятие «отчуждение» употребляется в нем в следующем смысле: под отчуждением имеется в виду не договор об отчуждении, а переход права собственности. Этот вывод находит подтверждение и в п. 2 ст. 8 ГК РФ.

Термин «отчуждение», отмечает О. Г. Ломидзе, выражает изменения в субъекте социального блага – объекта права, которые происходят в результате отчуждения. Применением понятия отчуждения указывается на возникновение права на определенный объект у правоприобретателя и прекращение субъективного права на этот объект у другого субъекта – отчуждателя[32].

Отчуждение имущества и корреспондирующее ему (неразрывно связанное с ним) приобретение относятся, по общему правилу, к производному приобретению права собственности посредством совершения различных сделок-договоров не только поименованных, но и не поименованных в законодательстве, а также смешанных договоров (см. пп. 1 п. 1 ст. 8 ГК, п. 2, 3 ст. 421 ГК РФ). В качестве исключения, когда, несмотря на акт отчуждения, правоприобретение является не производным, а первоначальным, следует назвать приобретение имущества добросовестным приобретателем от неуправомоченного на его отчуждение лица (ст. 302 ГК РФ). Как правило, отчуждение, естественно связанное с приобретением того или иного блага, предполагает переход права на него к приобретателю, иначе говоря, правопреемство, предполагающее, что отчуждатель обладает правом на отчуждаемое благо. При отсутствии этого последнего условия нет и правопре-

---

[30] *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 662.

[31] В толковом словаре живого русского языка В. Даля читаем: «Отчуждить, *отчуждать что от кого*, делать чужим, удалить, отстранить, устранять, отымать, отбирать, *передавать иному*» (Т. 2. М., 1994. С. 1990) (курсив мой. – *Б. Х.*).

[32] См.: *Ломидзе О. Г.* Указ. соч. С. 52.

емства, однако может иметь место возникновение права у приобретателя. Так, приобретение имущества от неуправомоченного отчуждателя при известных условиях (ст. 302 ГК РФ) приводит к возникновению, но не к переходу права собственности, и приобретение является первоначальным, а не производным. Здесь договор сам по себе не является *основанием* приобретения права, а лишь одним из элементов сложного юридического состава как основания первоначального правоприобретения, завершающегося в момент «накопления» всех его элементов[33].

III

В цивилистической доктрине издавна принято различать основание и способ приобретения права собственности. *Основанием* приобретения права собственности – *titulus acquirendi* – признаются факты, с которыми связывается возникновение лишь обязательственного права: на основании этих фактов возникает притязание об установлении права. *Способ* приобретения права собственности – *modus acquirendi* – это факты, с которыми непосредственно связывается само приобретение права собственности[34]. В качестве примера В. М. Хвостов приводил договор купли-продажи, который для покупателя является *titulus acquirendi* права собственности на проданный предмет, а *traditio* проданной на основании договора купли-продажи вещи – *modus acquirendi* права собственности[35].

Разграничение между основаниями и способами приобретения права собственности проводилось в отечественной цивилистической доктрине и другими учеными. Для признания вещного права установившимся, приобретенным, указывал К. П. Победоносцев, недостаточно соглашения сторон, одного выражения воли, «если воля эта не осуществилась еще в самой вещи, и личность приобретающего не соединилась с вещью в той мере, какая нужна для приобретения». Во всех способах приобретения права на вещь, основанных на правопре-

---

[33] В литературе также отмечается, что «отчуждение субъективного гражданского права не всегда сопряжено с преемством: отчуждение вещи может быть сопряжено как с производным, так и с первоначальным правоприобретением», каковым и является приобретение имущества от неуправомоченного лица (*Ломидзе О. Г.* Указ. соч. С. 66, 74).

[34] См.: *Хвостов В. М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 140. – Не при всяком приобретении, отмечал Эннекцерус, можно провести различие между основанием и способом приобретения права собственности, например при завладении бесхозяйной вещью, приобретении плодов, соединении вещей (см.: *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 76).

[35] См.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 238–239.

емстве, «необходимо различать два отдельных момента, два существенных условия для приобретения». Во-первых, это соглашение двух воль, порождающее право приобретающего и обязанность передающего: «так образуется *основание* права, но право это не выходит еще из пределов личного отношения». Во-вторых, когда образовавшееся личное право становится вещным. Для этого необходим переход самой вещи из одной в другую сферу частного права[36].

Весьма четкое различие между основанием и способом приобретения права собственности проводил Д. И. Мейер: «Как и всякое право, право собственности имеет определенное начало, и те пути, которыми открывается это начало, называются *способами приобретения* права собственности»[37]. Ученый обращал внимание на недопустимость смешения способов приобретения права собственности со способами приобретения других прав. Так, неверно, писал он, признавать договоры способами приобретения права собственности, например, договор купли-продажи[38]. «...Сделка или юридическое отношение, на основании которого переходит право собственности, и есть законное основание передачи. У нас оно нередко принимается за самый способ приобретения права собственности, но несправедливо: законное основание передачи устанавливает лишь право на передачу, а передача уже составляет способ приобретения права собственности»[39].

Основание приобретения права собственности – это фундамент, на котором базируется само право. Оно имеет решающее значение для определения законности приобретения. Его правовой природой (видом юридического факта, выступающего в качестве основания) определяется характер правоприобретения, т. е. является ли оно первоначальным или производным, а также правовые последствия, связываемые законом с этой классификацией оснований приобретения права собственности.

---

[36] *Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 307.

[37] *Мейер Д. И.* Указ. соч. С. 294.

[38] Там же.

[39] Там же. С. 302. – Основания и способы приобретения права собственности различали и другие русские цивилисты. Так, Г. Ф. Шершеневич указывал, что договор – не способ приобретения собственности, а только основание. «Способом приобретения собственности является такой юридический факт, с которым, по взгляду объективного права, соединяется установление права собственности в лице данного субъекта» (см.: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 256). Совокупность фактов, на которых основано приобретение права собственности, называется *основанием приобретения* (*causa*) или его *титулом*. Факты, составляющие само приобретение, образуют *modus acquirendi* права собственности. К этой группе фактов относят традицию, запись в ипотечных книгах (см.: *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 649).

В Гражданском кодексе РФ основания приобретения права собственности урегулированы достаточно подробно и полно, в отличие от советских кодификаций. В ГК РСФСР 1922 г. вообще отсутствовала не только особая глава об основаниях приобретения права собственности, но и специальные нормы, которые содержали бы *перечень* таких оснований. Термин «основания приобретения права собственности» употреблялся только в ст. 66, хотя и в других статьях (68, 68а–68е, 69–70) говорилось о приобретении права собственности, главным образом государством, в соответствии с предусмотренными юридическими фактами-основаниями.

В ГК РСФСР 1964 г. нормы о приобретении и прекращении права собственности были выделены в особую, 13-ю главу (ст. 135–150). И в этом кодексе, как и в ГК РСФСР 1922 г., отсутствовала специальная статья, которая содержала бы *перечень* оснований, не употреблялся и сам термин «основание приобретения права собственности».

В главе 14 действующего Гражданского кодекса РФ наряду с более полным перечнем и подробной регламентацией оснований приобретения права собственности более совершенным, с точки зрения законодательной техники, следует признать расположение норм об основаниях приобретения права собственности: сначала приводится перечень этих оснований (ст. 218), а в последующих статьях (219–234) дается их развернутая регламентация.

Следует согласиться с М. Г. Масевич в том, что перечень оснований приобретения права собственности сформулирован в ст. 218 ГК РФ как исчерпывающий, хотя и не охватывает всех возможных оснований приобретения права собственности[40]. Надо, однако, сказать, что он не охватывает не только *всех возможных* оснований, но и всех оснований, указанных в других статьях главы 14 ГК РФ, в частности в ст. 220 (спецификация), 221 (обращение в собственность общедоступных для сбора вещей), п. 3 ст. 222 (самовольная постройка), ст. 234 (приобретательная давность). Следует подчеркнуть, что и в целом в анализируемой главе названы не все юридические факты в качестве оснований приобретения права собственности. Большинство юридических фактов, указанных в главе 15 ГК РФ «Прекращение права собственности», являются не только правопрекращающими, но и правопорождающими, т. е. одновременно имеют значение оснований прекращения и производного приобретения права собственности, напри-

[40] См.: Гражданское право России. Общая часть. Курс лекций / Под общ. ред. О. Н. Садикова. М., 2001. С. 239.

мер реквизиция, конфискация, обращение взыскания на имущество по обязательствам собственника (п. 1 ст. 235, ст. 242, 243, 238 ГК РФ) и в других случаях производного правоприобретения, когда у одного лица право возникает, а у другого прекращается.

Кроме указанных в ГК РФ и других законах, иных нормативных правовых актах оснований приобретения права собственности, нельзя исключать возможности приобретения права собственности по иным основаниям, прямо не указанным в законе, иных нормативных правовых актах, в частности согласованным субъектами гражданского оборота. Представляется, что возможно приобретение права собственности по любым основаниям, не запрещенным законом. Соответственно следует признать возможным приобретение права собственности, если иное прямо не следует из закона. Иначе говоря, приобретение права собственности должно презюмироваться законным, пока не установлено противное. Бремя доказывания следует возлагать на субъекта, оспаривающего законность приобретения права собственности. Предположение законности приобретения права собственности соответствует правилу п. 3 ст. 10 ГК РФ, согласно которому, если защита гражданских прав ставится законом в зависимость от разумности и добросовестности осуществления этих прав, разумность поведения и добросовестность участников гражданского оборота предполагается. Исходя из сказанного, было бы целесообразно дополнить ст. 218 ГК указанием, что право собственности может быть приобретено по другим основаниям, не запрещенным законом. Такое дополнение вполне согласуется с дозволительной направленностью гражданско-правового регулирования как одного из принципов гражданского права[41].

Обратимся теперь к исследованию способов приобретения права собственности. Как уже отмечалось, право собственности может быть приобретено на основании определенных юридических фактов-оснований и приобретается с наличием юридических фактов, с которыми позитивное право непосредственно связывает само приобретение вещного права собственности определенным лицом и являющихся *способами* приобретения этого права.

Отмечая это, необходимо подчеркнуть объективно существующую связь между основаниями и способами приобретения права собственности, выражающуюся в том, что при отсутствии основания

[41] См.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Изд. 6-е. М., 2002. С. 26.

юридические факты-способы не в состоянии привести к приобретению права собственности, но и сами основания до наступления указанных юридических фактов также не могут привести к возникновению правоотношения собственности. Так, договор об отчуждении недвижимости (основание) сам по себе до государственной регистрации права собственности (появления юридического факта-способа) не приводит к возникновению права собственности у приобретателя, а государственная регистрация права невозможна, если не заключен отчуждательный договор. Термин «способ приобретения», в отличие от термина «основание приобретения права собственности», в ГК РФ вообще не упоминается. И, естественно, не определяется само это понятие, выработанное цивилистической доктриной. Между тем, как будет показано ниже, установление юридических фактов-способов, фиксирующих момент приобретения субъектом права собственности, имеет важное практическое значение, так как с момента приобретения права субъект располагает определенными поведенческими возможностями и несет определенные юридические обязанности[42].

Однако нельзя сказать, что в нормах гл. 14 ГК РФ не проводится различия между основаниями приобретения и самим приобретением права собственности. Напротив, в различных правовых нормах указываются юридические факты-основания и юридические факты-способы. Так, в ст. 218 ГК говорится, что право собственности на имущество *может быть приобретено на основании* договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества. В большинстве других норм гл. 14 также указывается на юридические факты-основания приобретения права собственности. Правила же, предусматривающие юридические факты, с которыми связывается само правоприобретение (возникновение права собственности), установлены в случаях, когда оно происходит лишь по некоторым основаниям, например по договору (ст. 223, 224, 551 ГК РФ), на основании членства в жилищно-строительном, дачном, гаражном или ином потребительском кооперативе (п. 4 ст. 218 ГК РФ), на основании наследования (п. 4 ст. 1152 ГК РФ). В нормах этих статей ГК определяется момент приобретения права собственности посредством указа-

[42] Нельзя не обратить внимание на то, что ни в одном учебнике по гражданскому праву, в иных цивилистических произведениях, в которых излагаются вопросы о приобретении права собственности, не содержится никаких указаний о том, в какой момент, с наступлением каких юридических фактов приобретатель становится собственником объекта по тому или иному основанию. Исключение составляет приобретение права собственности на основании договора.

ния на юридические факты, с наступлением которых закон связывает приобретение права собственности. Однако в большинстве норм ГК РФ об основаниях приобретения права собственности называются юридические факты-основания и нет никаких указаний о юридических фактах, с которыми связывается само приобретение права собственности, т. е. способах приобретения. Вывод об этих юридических фактах может быть сделан лишь в результате анализа и логического толкования норм, устанавливающих основания приобретения права собственности. При этом следует обратить внимание на то, что возможности выбора способа приобретения права собственности как у законодателя, так и участников гражданского оборота не безграничны.

Для выявления способа приобретения права собственности в этих случаях следует исходить из того, что приобретение происходит в момент, определяемый наступлением какого-то юридического факта. Так, п. 1 ст. 223 ГК РФ устанавливает, что право собственности у приобретателя вещи на основании договора возникает по общему правилу с момента ее передачи. Нет сомнения, что передача вещи приобретателю и является именно способом приобретения права собственности. Верно отмечает К. И. Скловский, что передача вещи в соответствии со ст. 223 ГК имеет значение не только для определения момента перехода права собственности, но и выступает в качестве способа перенесения титула собственности на другое лицо – правоприобретателя. И далее автор пишет: «...Увязывание момента перехода права применительно к процедуре передачи вещи позволяет считать, что не что иное, как сама эта передача, и есть переход собственности»[43].

Сделанный вывод о моменте и способе приобретения права собственности имеет практическое значение: в тех случаях, когда из соответствующей правовой нормы нельзя сделать вывод о способе и моменте возникновения у приобретателя права собственности, следует поставить вопрос: наступление какого юридического факта позволяет утверждать, что данный субъект приобрел право собственности на конкретную вещь? Иного просто не дано, ибо, говоря о моменте перехода права собственности к приобретателю, мы имеем в виду наступление определенного юридического факта, с которым связан переход права собственности. Поэтому определение, когда именно лицо стало собственником данного имущества, невозможно без установления, в связи с каким юридическим фактом в этот, а не в какой-либо другой

[43] *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 1999. С. 205.

момент у приобретателя возникло право собственности. Обратимся к конкретным примерам.

Статьи 227–228 ГК РФ подробно регулируют отношения, возникающие в связи с находкой, определяют юридическую судьбу найденной вещи: если лицо, управомоченное получить найденную вещь, не будет установлено или само не заявит о своем праве на вещь и при наличии иных условий, указанных в ст. 228 ГК, право собственности на нее приобретает нашедший вещь, а если он откажется от приобретения найденной вещи в собственность, она поступает в муниципальную собственность. Таким образом, в ст. 227–228 определено основание (находка) и условия, при наличии которых допускается приобретение права собственности на найденную вещь, но ничего не говорится о том, с какими юридическими фактами связывается само приобретение права, в какой момент оно приобретается. Для нашедшего вещь таким фактом (при наличии условий, указанных в п. 1 ст. 228 ГК) является волеизъявление приобрести на вещь право собственности, получившее выражение и подтверждение в оставлении вещи у себя, в своем владении. Юридическим фактом, к которому следует приурочить приобретение права собственности муниципальным образованием, следует признать передачу найденной вещи органам местного самоуправления нашедшим ее лицом.

Согласно п. 2 ст. 222 ГК РФ, лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее по общему правилу права собственности. При наличии условий, указанных в абз. 1 п. 3 этой статьи, суд может признать за ним право собственности на самовольную постройку. В данном случае основанием приобретения права следует признать сложный фактический состав, состоящий из двух элементов: самого создания указанным лицом объекта недвижимости с указанными в ст. 222 нарушениями установленных для его возведения требований и вступившего в законную силу судебного решения о признании за осуществившим самовольную постройку права собственности[44], а юридическим фактом, с которым связывается приобретение права собствен-

[44] Некоторые сомнения может вызвать правильность квалификации факта самовольной постройки – противоправного действия субъекта, построившего объект с нарушениями установленных требований, – в качестве элемента фактического состава, необходимого для возникновения права собственности, ибо противоправный акт не может служить основанием приобретения права. Однако, во-первых, отсутствие этого факта вообще снимало бы проблему возникновения права собственности, поскольку отсутствовал бы объект последнего. Во-вторых, данный факт служит основанием приобретения права не сам по себе, а только в совокупности с решением суда, которое само основывается на устранении допущенных нарушений, в частности предоставлении в установленном порядке земельного участка под построенный объект.

ности, является государственная регистрация права на объект недвижимости в установленном порядке.

Можно было бы привести и другие примеры, подтверждающие сказанное выше, а именно, что анализ норм, устанавливающих основания приобретения права собственности, и их логическое толкование позволяют определить также и способ приобретения этого права по каждому из оснований, однако в этом нет необходимости. Важно было показать, что приобретение права собственности опирается на определенные основания и что существуют определенные способы его приобретения – юридические факты, с наступлением которых происходит непосредственно само приобретение указанного права.

IV

Отдельные советские цивилисты в принципе отрицали конструкцию перехода права собственности на имущество от отчуждателя к приобретателю, правопреемство в правоотношении собственности, ссылаясь, с одной стороны, на различие в объеме правомочий предшествующего и нового собственника, а с другой – на то, что «права и обязанности – категория идеологическая, движение, как перемещение в пространстве, им не присуще, а поэтому переходить от одного лица к другому они не могут»[45]. Они утверждали, что на самом деле происходит прекращение права собственности у одного лица и возникновение его у другого[46]. Так, отметив, что ГК РСФСР 1922 г. и ряд других нормативных актов нередко употребляют термин «переход права собственности», В. П. Грибанов далее писал: «Однако в настоящее время[47] вряд ли правильно говорить о “переходе права собственности”». При наличии двух форм социалистической собственности – государственной и кооперативно-колхозной и производной от нее личной собственности граждан утверждение о переходе права собственности «не соответствует существу дела и не выражает действительных отношений»[48], так как при различном правовом режиме указанных видов собственности, когда отчуждатель и приобретатель обладают разнород-

[45] См.: *Грибанов В. П.* Правовые последствия перехода имущества по договору купли-продажи в советском гражданском праве // Советское государство и право. 1955. № 8. С. 64–68; Советское гражданское право. Ч. 1 / Отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1960. С. 254–255 (автор – *В. А. Рясенцев*).

[46] См.: Там же. – Сегодня эта точка зрения получила поддержку и развитие в лице В. А. Белова (см.: *Белов В. А.* Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2000. С. 19 и сл.).

[47] А это середина 50-х прошлого столетия (*Б. Х.*).

[48] *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 65.

ным правом собственности на имущество, при его отчуждении у приобретателя возникают «иные по содержанию правомочия по владению, пользованию и распоряжению, отличные от правомочий, которыми обладал отчуждатель на то же самое имущество»[49]. В обоснование невозможности перехода права собственности автор указывал, что, «совершив акт распоряжения имуществом, собственник исчерпал (осуществил до конца) свое право собственности, которое вместе с этим и прекратило свое существование»[50]. Поэтому последнее не может перейти к другому лицу; право собственности при отчуждении по договору у отчуждателя прекращается, а у приобретателя возникает. Выходит, что собственник, например, продавая вещь, преследует цель лишиться права на нее, а не совершить обменную операцию, передать право на вещь и получить эквивалент в виде определенной денежной суммы. Здесь уместно привести слова Ю. С. Гамбарова, который указывал: «...Кто переносит свое право на другого, желает именно перенесения, а не прекращения права, которое есть для него последствие, а не цель совершения сделки»[51]. Кроме того, при отчуждении имущества результат наступает *одновременно* для отчуждателя и приобретателя, в связи с чем лишена основания ссылка на то, что актом распоряжения имуществом собственник исчерпал свое право собственности и поэтому оно не может перейти к другому лицу.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что анализируемая критика концепции перехода права собственности от одного лица к другому относится в отечественной цивилистике к советскому периоду (середине 50-х гг. прошлого века) и касалась перехода именно права собственности. Думается, что эта критика не была лишена идеологической окраски и подоплеки. Разве не подтверждает это указание В. П. Грибанова, что «*в настоящее время*», т. е. в условиях существования различных типов и форм собственности неправильно говорить о «переходе права собственности»? Или когда он говорил, что употребление формулы о переходе права собственности по внешнеторговым сделкам «затушевывает различия в существующих типах и формах права собственности, так что само право собственности... выступает

[49] Там же.
[50] Там же. С. 67.
[51] *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 662. – В связи с этим нельзя согласиться с утверждением Л. Чеговадзе о том, что «консенсуальный договор купли-продажи – это лишь соглашение его сторон о действиях по *прекращению субъективного права собственности продавца* и установлению его у покупателя» (*Чеговадзе Л.* Проблемы приобретения и защиты права собственности (в том числе при совершении недействительных сделок) // Хозяйство и право. 2004. № 4. С. 107).

по существу как некая космополитическая категория, существующая вне времени и пространства, безотносительно к особенностям того или иного экономического строя»[52]. Вполне естественно, что автор, обращаясь в такой социально-политической ситуации к проблеме последствий перехода имущества по договору купли-продажи, должен был обосновать отличия этих последствий по советскому гражданскому праву от последствий «буржуазной купли-продажи»[53].

Думается, что некоторое различие в объеме содержания правомочий собственника-отчуждателя и собственника-приобретателя имущества по советскому праву, а точнее говоря, – различие в фактическом осуществлении правомочий в соответствии с целью приобретения имущества, не могло и не может служить обоснованием отрицания перехода права собственности от одного лица к другому. Как справедливо указывал А. В. Венедиктов, характеризуя куплю-продажу между госпредприятиями, «купля-продажа (поставка) товара одним госпредприятием другому *прежде всего направлена на передачу именно гражданско-правовых правомочий* госоргана-продавца: на передачу права владения и распоряжения товаром госоргану-покупателю...» (курсив мой. – *Б. Х.*). Объем правомочий отчуждателя, например станкостроительного завода, может быть иным, чем объем правомочий покупателя, например ткацкой фабрики[54].

Различие в «объеме правомочий» правопредшественника и правоприобретателя – весьма относительное. Содержание не всех правомочий собственника определяется различно в зависимости от формы собственности отчуждателя вещи и ее приобретателя. Так, содержание (или объем) правомочия владения, очевидно, от этого не зависит. Наибольшая зависимость может быть отмечена в содержании (объеме) правомочия распоряжения и в меньшей степени – правомочия пользования, во многом определяемого назначением вещи. Однако и это не является основанием для отрицания правопреемства – перехода права собственности от отчуждателя к приобретателю вещи.

---

[52] *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 66.

[53] Справедливые критические замечания по поводу суждений В. П. Грибанова см.: *Генкин Д. М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 128.

[54] *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. М.–Л., 1948. С. 358–359. – Кстати, Д. М. Генкин, прямо не отрицавший понятия «переход права собственности», считал, что производный способ приобретения права собственности следует рассматривать не как правопреемство в содержании правомочий, которыми обладал предшествующий собственник, а как правопреемство лишь в праве собственности как таковом; содержание же правомочий приобретателя «определяется в зависимости от того, о каком виде и форме нрава собственности идет речь» (*Генкин Д. М.* Указ. соч. С. 127, прим.).

В случае приобретения права собственности на имущество в порядке правопреемства имеет место переход *правомочий* прежнего собственника к приобретателю – правомочий как таковых. Их сущность, исходя из традиционного ее понимания, не изменяется. Изменение может касаться лишь объема правомочий приобретателя по сравнению с объемом таковых у прежнего собственника, в том числе и тогда, когда оба они являются обладателями одного и того же вида права собственности. В любом случае, как прежний собственник, так и приобретатель могут владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, хотя и по-разному. Действия каждого представляют собой акты владения, пользования и распоряжения объектом и правом на него, а потому различие в объеме этих правомочий не могло и не может служить основанием для отрицания перехода права собственности на вещь от одного лица к другому. «От правопредшественника, – писал Ю. С. Гамбаров, – новое приобретение только заимствует свое содержание и свою силу»[55].

Концепцию невозможности перехода субъективных прав (и обязанностей) от одного лица к другому как категории идеологической, которой не присуще перемещение в пространстве, поддержал и предпринял попытку развить, как уже отмечалось, В. А. Белов. Так как «всякое субъективное право, – пишет автор, – неразрывно связано с его субъектом, не может существовать (хотя бы теоретически) «момент времени, когда право существует, но никому не принадлежит». Неправильно также говорить, что права могут передаваться, «ибо передача права предполагает наличие хотя бы и бесконечно малого по продолжительности момента времени, когда одно лицо (правопредшественник или так называемый ауктор) право уже передало, а другое (правопреемник) еще не приняло»[56].

Приведенный довод в обоснование невозможности перехода субъективного права едва ли можно признать убедительным. Уместно поставить следующий вопрос: а возможна ли передача вещи одним лицом другому при том же условии, т. е. когда один вещь передал, а

---

[55] *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 651. – Уместно отметить, что Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи в ст. 30 устанавливает: «Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и *передать право собственности* на товар в соответствии с договором и настоящей конвенцией» (курсив мой. – *Б. Х.*). Одна из новейших гражданско-правовых кодификаций, Гражданский кодекс Квебека содержит следующее определение: «Продажей является договор, по которому одно лицо, продавец, *передает право собственности* на имущество другому лицу, покупателю...» (курсив мой. – *Б. Х.*).

[56] *Белов В. А.* Указ. соч. С. 19.

другой еще ее не принял? Однако на этом основании никто, в том числе и В. А. Белов, не отрицает передачу вещи одним другому и важнейшие последствия, связанные с нею. Иное и представить себе невозможно: имущественный оборот состоит, прежде всего, из множества сделок – передач вещей, совершаемых его участниками. Разве алогично утверждение о невозможности передачи без принятия вещи и одномоментности этих актов? Думается, что нет, все логично. Даже В. А. Рясенцев, выступавший против употребления термина «переход права собственности», указывал, что прекращение права собственности у одного и возникновение его у другого происходят *одновременно* на основании одного и того же юридического состава[57].

Не более убедителен и другой довод, приводимый В. А. Беловым: «Всякая вещь, например, может находиться как в законном, так и незаконном владении. Можно ли говорить, что то же происходит и со всяким субъективным правом – может принадлежать как управомоченному лицу, так и неуправомоченному лицу? Очевидно, нельзя...»[58]. Да, это именно так, но из этого лишь следует, что неуправомоченный не приобретает соответствующего субъективного права. Поскольку вещь – объект материальный, ею можно обладать независимо от правомерности обладания. Субъективное же право – категория юридическая: неправомерное, незаконное обладание правом – нонсенс.

Что касается ссылки противников конструкции «переход права» («передача права») на то, что субъективное право – категория идеологическая (по В. А. Белову – «идеальная»), то, если быть последовательным, следовало бы на том же основании признать невозможным и *обладание* субъективным правом. Однако так далеко названные авторы не идут по совершенно понятным причинам. Здесь нужно отметить, что Б. Б. Черепахин, не соглашаясь с В. А. Рясенцевым относительно неспособности прав и обязанностей как категорий идеологических передаваться, указывал на нетождественность перехода права пространственному перемещению вещи как объекта этого права. В связи с этим Б. Б. Черепахин справедливо обращал внимание на то, что некоторые вещи, например здания, сооружения, переходят от одного лица к другому без пространственного перемещения[59]. Таким образом, «неперемещаемость в пространстве» субъективных прав никак

[57] См.: Советское гражданское право. Ч. 1 / Отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1960. С. 270.
[58] *Белов В. А.* Указ. соч. С. 19.
[59] *Черепахин Б. Б.* Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 312.

не может служить обоснованием отказа от конструкции перехода права собственности от одного лица другому.

В качестве возражения против отрицания формулы «переход права» от одного лица к другому можно привести следующие соображения.

Точно так же, как не существует бессубъектных субъективных прав (а также обязанностей), нельзя себе представить *безобъектные* субъективные права (обязанности). Объектом субъективного права может быть материальное или нематериальное благо. Применительно к отчуждению вещи (а отрицание конструкции «переход права» относится прежде всего к переходу права собственности на вещи при их отчуждении-приобретении) передается право собственности на отчуждаемую вещь (что равнозначно формуле «передача вещи в собственность»), а не право на право собственности. А если это так, то сомнительно утверждение, что «ни права, ни обязанности не могут поменять своего обладателя»[60].

Отрицание самой возможности перехода прав и обязанностей от одного лица к другому, т. е. отрицание института правопреемства и замена термина «переход права» терминами «прекращение права» у одного лица и «возникновение» его у другого, не есть простое изменение терминологии. Такое решение связано со значительными негативными правовыми последствиями не только теоретического, но и практического характера. Обратимся в качестве примеров к следующим двум договорным институтам.

По лицензионному договору патентообладатель (лицензиар) обязуется *предоставить право на использование* охраняемого изобретения, полезной модели, промышленного образца в объеме, предусмотренном договором, другому лицу (ст. 13 Патентного закона Российской Федерации)[61]. По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется *предоставить* другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока *право использовать* в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю (ст. 1027 ГК РФ). Таким образом, по обоим договорам одно лицо предоставляет другому лицу право использования определенных объектов в указанных в соглашении пределах. Синонимом слов «предоставить», «предоставлять» являются «дать», «давать», а слова «передавать» – «переходить» к кому-либо. Очевидно, что применительно к

[60] *Белов В. А.* Указ. соч. С. 21.

[61] Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2319; СЗ РФ. 2003. № 6. Ст. 505.

указанным договорам неправильно было бы говорить об утрате права одним лицом и возникновении его у другого. По лицензионному договору о предоставлении неисключительных прав одно лицо приобретает право в порядке его перехода при сохранении у другого права использовать соответствующий объект, а по договору коммерческой концессии правообладатель, предоставивший право использования товарного знака, сам сохраняет его. Конструкция «прекращение права у одного лица и возникновение его у другого» не способна адекватно отразить сущность рассмотренных, а также других складывающихся в гражданском обороте правоотношений.

Подводя итог изложенному в порядке полемики о конструкции «переход субъективного права собственности», следует сказать следующее: 1) аргументы, которые некоторые цивилисты приводят против конструкции «переход права», нельзя признать убедительными; 2) категорию «переход права» нельзя понимать буквально, как переход в физическом смысле. «Физическая передача прав, – указывает Л. А. Новоселова, – невозможна, возможна лишь их юридическая передача»[62]; 3) категория «переход права» означает производность права приобретателя от прав предшествующего обладателя; 4) нельзя принять предложение о замене термина «переход права» терминами «прекращение права» у одного и «возникновение права» у другого лица. Прекращение права у одного и возникновение его у другого имеют место именно как результат, следствие перехода его от правообладателя к правоприобретателю.

V

Истории права и современным правопорядкам известны различные способы приобретения права собственности, обеспечивающие развивающийся гражданский оборот. Изучение норм ГК РФ, предусматривающих основания приобретения права собственности, позволяет сделать вывод, что основными способами приобретения этого права являются передача вещи приобретателю (*traditio*), государственная регистрация права собственности на недвижимое имущество, создание новых вещей, завладение. Принимая во внимание ограниченность объема статьи, в ней рассматривается только первый способ,

[62] *Новоселова Л. А.* Соотношение сделки уступки и договора, на основании которого она совершается // Арбитражная практика. 2001. Спец. вып. «Уступка права требования (практика рассмотрения дел в арбитражном суде)». С. 4.

наиболее широко распространенный в имущественном обороте, а также ряд связанных с ним и неоднозначно решаемых в юридической литературе вопросов.

Значение традиции как способа приобретения права собственности невозможно переоценить, учитывая, что она выполняет эту функцию не только в тех случаях, когда с этим юридическим фактом связывается приобретение (переход) права собственности *по прямому указанию закона* (п. 1 ст. 223 ГК РФ), но и во многих других случаях, когда вывод о сопряжении приобретения права собственности с передачей вещи следует из логического толкования соответствующих правовых норм (см., напр., п. 2 ст. 228, п. 2 ст. 233, ст. 238, 239, 240, 241 ГК РФ).

Традиция является способом приобретения права собственности не только на основании договора, но и на основании других юридических фактов, например в случае приобретения права муниципальной собственности на находку (п. 2 ст. 228 ГК РФ), государственной собственности на клад, содержащий вещи, относящиеся к памятникам истории или культуры (п. 2 ст. 233 ГК РФ), – причем не только производного, но и первоначального (п. 2 ст. 228, абз. 2 п. 1 ст. 231, п. 2 ст. 233 ГК РФ). В том, что приобретение права собственности увязывается с передачей, указывал Г. Дернбург, «заключается правильная мысль, так как нормальным считается, чтобы собственник владел своей вещью»[63]. Не менее важное значение традиции состоит в том, подчеркивал ученый, что она обеспечивает гласность перехода собственности, и в этом смысле весьма важна ее значимость для отношений с участием третьих лиц[64].

Независимо от конечной направленности цели традиция – это способ передачи вещи во владение (фактическое обладание), при этом воспринимается как принцип, что передача всегда обеспечивает переход владения, а что переходит сверх того – зависит от намерения сторон[65].

Передача вещи в соответствии с договорным обязательством об отчуждении выполняет, по крайней мере, следующие четыре функции: 1) в результате передачи фактическое владение вещью переходит от передающей стороны к принимающей (от традента к акципиенту), независимо от ее конечной юридической цели, для достижения которой она производится; 2) в соответствии с п. 1 ст. 223 ГК РФ переда-

[63] *Дернбург Г.* Пандекты. Вещное право. СПб., 1905. С. 110.

[64] См. там же.

[65] См.: *Дженкс Э.* Английское право. М., 1947. С. 309; *Тузов Д. О.* Реституция в гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 309.

чей определяется момент перехода права собственности на движимое имущество (если законом или соглашением этот момент не отдален до наступления определенного обстоятельства после передачи); 3) передачей фиксируется исполнение отчуждателем (в частности продавцом) обязанности передать вещь приобретателю (покупателю), если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 458 ГК РФ); 4) передача служит способом индивидуализации вещей, определенных в договоре родовыми признаками.

Передача – не только способ приобретения права собственности; она может выполнять и выполняет и другие функции в зависимости от направленности договора, во исполнение которого она производится.

Исходя из того, что передача сама по себе возможна не только как способ приобретения права собственности, Д. И. Мейер писал: «Передачею называется акт, по которому вещь из владения одного лица переходит во владение другого лица, приобретающего над нею право собственности. Это последнее условие существенно для передачи как способа приобретения права собственности, потому что передача сама по себе возможна и не как способ приобретения права собственности...»[66].

Способы передачи вещи предусмотрены в ст. 224 ГК РФ. Ими являются: 1) вручение вещи приобретателю; 2) сдача перевозчику для отправления приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю (п. 1); 3) *traditio brevi manu* – т. н. передача короткой рукой (п. 2); 4) передача коносамента или товарораспорядительного документа на вещь (п. 3).

Названные способы передачи, кроме третьего, выполняют функцию способа приобретения права собственности и нет необходимости в их анализе. Напротив, *traditio brevi manu* объективно не может признаваться *способом* приобретения права собственности. Этот способ передачи, а также не предусмотренный в ст. 224 ГК, но практически допустимый и правомерный способ передачи вещи – *constitutum possessorium* требуют более подробного рассмотрения.

Если к моменту заключения договора об отчуждении вещи она уже находится во владении приобретателя по какому-нибудь правовому основанию (договору аренды, договору безвозмездного пользования и т. д.), то, согласно п. 2 ст. 224 ГК, вещь *признается переданной* ему с этого момента. В указанном случае право собственности перехо-

[66] *Мейер Д. И.* Указ. соч. С. 302.

дит к приобретателю одновременно с заключением договора, если закон или стороны своим соглашением не отнесли это последствие к определенному обстоятельству, которое должно наступить позднее, например к моменту уплаты цены вещи. Так, согласно ст. 624 ГК, в законе или договоре может быть предусмотрено, что арендованное имущество переходит в собственность арендатора по истечении срока аренды или до его истечения при условии, что арендатор внес всю обусловленную договором выкупную цену.

Когда в момент заключения договора вещь уже находится во владении ее приобретателя, передача в смысле п. 1 ст. 224 ГК (вручение) не только не требуется, но и практически невозможна. Поэтому лишь формально правило п. 2 ст. 224 можно считать исключением из общей нормы пункта 1 этой статьи в связи с тем, что право собственности переходит к приобретателю с момента заключения договора. По существу же это не исключение, поскольку требуемое пунктом 1 ст. 224 для приобретения права собственности фактическое владение вещью здесь налицо. Однако, так как передача предшествовала заключению договора об отчуждении вещи и производилась не с целью перенесения права собственности на владельца, переход права собственности не может быть приурочен к моменту ее передачи. Поэтому правило п. 2 ст. 224 представляется разумным и обоснованным. Способом приобретения права собственности в данном случае следует признать заключение договора.

Напротив, неназванный в ГК РФ способ передачи – *constitutum possessorium* можно признать способом приобретения права собственности. Этот способ передачи состоит в том, что по соглашению сторон отчуждаемая вещь остается у отчуждателя по какому-либо основанию, например по договору ссуды (ст. 689 ГК РФ), договору хранения (ст. 886 ГК РФ). По Германскому гражданскому уложению, если собственник владеет вещью, то фактическая ее передача может быть заменена соглашением собственника и приобретателя об установлении опосредованного владения вещью приобретателем (§ 930).

В юридической литературе высказано мнение, что право собственности при *constitutum possessorium* переходит без передачи владения собственнику[67]. С этим трудно согласиться. Было бы бессмысленным совершение последовательно двух актов традиции: отчуждателем приобретателю, а затем приобретателем отчуждателю. Фактически вещь остается у отчуждателя на праве владения чужой вещью. Владе-

[67] См.: *Слыщенков В. А.* Указ. соч. С. 165.

лец *suo nomine* становится владельцем *alieno nomine*. Реальному положению вещей более соответствует толкование *constitutum possessorium*, согласно которому данный способ традиции обладает *действием двойной передачи*, которая в одной своей части имеет транслятивную природу (посредством нее прежний собственник передает право собственности на вещь приобретателю), а в другой, напротив, лишена транслятивного действия (с ее помощью приобретатель передает владение вещью прежнему собственнику на основании акта, не направленного на перенесение права собственности, например договора аренды)[68].

Traditio brevi manu и *constitutum possessorium* фактически приводят к тем же экономическим результатам, что и реальная передача вещи – к включению приобретенной вещи в хозяйственную сферу приобретателя без не имеющих смысла, а потому излишних передаточных действий, при этом достигаемые данными способами традиции экономические и юридические последствия аналогичны одноименным результатам реальной передачи, включая исполнение обязательства, предусматривающего передачу вещи приобретателю.

Правильное толкование диспозитивного характера правила п. 1 ст. 223 ГК имеет принципиальное практическое значение. Так, по мнению О. Ломидзе и Э. Ломидзе, в силу диспозитивности этого правила «стороны в договоре купли-продажи могут отказаться от обусловленности перехода права собственности (на движимые вещи. – *Б. Х.*) передачей имущества»[69]. Однако следует иметь в виду, что приобретение права собственности на вещи, определенные родовыми признаками, невозможно ранее передачи как способа их индивидуализации или если такая индивидуализация не произведена совместно отчуждателем или приобретателем вещи до ее передачи.

Связывая с традицией различные правовые последствия, прежде всего в качестве способа передачи владения от одного лица к другому, закон не определяет ее правовой природы. Во многом это обусловило отсутствие единства мнений по этому поводу в юридической литературе. По-разному определяется и соотношение договора или иного юридического факта, выступающего в качестве основания приобретения права собственности, и передачи, т. е. о каузальности или абстрактности традиции. Между тем решение этих вопросов имеет научное и практическое значение.

---

[68] См.: *Пухан И., Поленак-Акимовская М.* Римское право / Пер. с македон. М., 2000. С. 159.

[69] *Ломидзе О., Ломидзе Э.* Значение фактической передачи имущества собственника при его отчуждении и проблемы восстановления собственником своего владения // Хозяйство и право. 2002. № 1. С. 104.

Анализ традиции в российском гражданском праве приводит к выводу, что, являясь юридическим фактом, она может иметь значение как действия по заключению договора, т. е. выполнять конституирующую функцию перфекции реального договора (*credendi* или *donandi causa*), так и действия во исполнение обязательства, в силу которого одна сторона вправе требовать, а другая обязана произвести передачу имущества (*solvendi causa*).

В вопросе о правовой природе традиции большинство цивилистов склоняется к мнению о том, что она представляет собой гражданско-правовую сделку. Еще Савиньи указывал: «...Традиция принадлежит к числу *важнейших сделок* всеобщего юридического оборота. В новейшем праве традиция составляет употребительнейшую форму свободной передачи собственности»[70].

Действительно, как волевое действие участников гражданского оборота определенной направленности, влекущее наступление правовых последствий, передача является юридическим фактом. Исходя из принятой классификации юридических фактов-действий, передача вещи является действием правомерным, направленным на установление гражданских прав и обязанностей, т. е. сделкой (ст. 153 ГК РФ).

Признание передачи сделкой имеет важное теоретическое и практическое значение, состоящее в том, что таким образом определяется ее правовая природа как юридического факта, а также круг требований, которым она, как и любая другая сделка, должна соответствовать для наступления правового эффекта, на который она направлена, и возможность признания ее недействительной как и всякой иной гражданско-правовой сделки, совершенной с пороками, рассматриваемыми позитивным правом как основания недействительности[71]. На первый взгляд, возможность признания передачи недействи-

---

[70] *Савиньи Ф. К.* Обязательственное право. М., 1876. С. 526.

[71] О недействительности сделки-передачи см.: *Хаскельберг Б. Л.* Об основании и моменте перехода права собственности на движимые вещи по договору // Правоведение. 2000. № 3. С. 126; *Скловский К.* О действительности продажи чужого имущества. С. 84; *Тузов Д. О.* О правовой природе недействительных сделок // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 14. Астана, 2002. С. 193–194; *Слыщенков В. А.* Указ. соч. С. 167. – К. Скловский, в частности, отмечает: «...Если считать традицию сделкой, то нужно признать и возможность ее недействительности. В практике, например, нередки случаи совершения передачи неуполномоченным лицом либо с составлением поддельного приема-передачи». Нельзя также исключать возможность передачи под влиянием обмана, насилия и др. О недействительности сделки-передачи, не удовлетворяющей установленным условиям действительности сделок вообще, пишет и Л. Чеговадзе в статье «Проблемы приобретения и защиты права собственности» (Хозяйство и право. 2004. № 4. С. 107).

тельной может показаться нереальной, поскольку подобные случаи встречаются на практике весьма редко. Однако это само по себе не может служить основанием для отрицания недействительности сделки-передачи. Сделка-передача может быть недействительной независимо от действительности той сделки, которая является основанием приобретения права собственности и во исполнение которой передача совершена; тем более она недействительна в случае недействительности последней. В обоих случаях не достигается юридический результат, на который передача была направлена.

Если в квалификации передачи как сделки так или иначе сходятся многие авторы, то по-иному обстоит дело при определении конкретной разновидности сделок, к которой следовало бы относить передачу. С одной стороны, дискутируется вопрос о том, является ли традиция совокупностью двух односторонних сделок или договором; с другой – относится ли она к сделкам каузальным или абстрактным. Рассмотрим эти вопросы подробнее.

1. Согласно точке зрения, разделяемой рядом авторов, традиция состоит из двух сделок: предоставления товара в распоряжение и его принятия[72]. «Две эти сделки друг без друга не приведут к вещному эффекту, на который направлены», – пишет В. А. Слыщенков[73]. Надо, по-видимому, понимать, что здесь имеются в виду две односторонние сделки, два самостоятельных, не связанных между собой действия тредента и акципиента. Между тем для того, чтобы передача состоялась, необходимы не автономные действия передающей и принимающей стороны; их действия должны опираться на взаимное согласованное волеизъявление, направленное на передачу и принятие вещи, ибо невозможно передать вещь другому лицу, если последнее не согласно ее принять, не принимает ее. Автономное волеизъявление тредента и акципиента нельзя признать передачей, так как без встречного волеизъявления другой стороны оно желаемого эффекта вызвать не может. «Для перенесения права собственности путем передачи, – писал Г. Дернбург, – требуется, с одной стороны воля тредента передать господство над вещью, с другой – воля получающего приобрести это господство – взаимное соглашение о перенесении права собственности»[74].

---

[72] См., напр.: *Толстой В. С.* Исполнение обязательств. М., 1973. С. 23–25, 69.
[73] *Слыщенков В. А.* Указ. соч. С. 166.
[74] *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 112.

В связи с этим более обоснованной представляется другая точка зрения, согласно которой традиция – это согласованное (встречное) волеизъявление передающей и принимающей стороны[75]. Передача объекта требует совершения волевого действия не только традентом, но и акципиентом. Для того чтобы передача как сделка состоялась, пишет Д. О. Тузов, «необходимо совершение двумя лицами двух согласованных действий – предложения и принятия (получения)»[76]. Предложение о передаче следует признать офертой, принятие же вещи (именно *принятие*, а не согласие принять) – акцептом, а саму традицию – заключенным договором. Оферта и акцепт могут совпадать во времени (т. е. происходить одновременно) либо совершаться с временным разрывом разной продолжительности в зависимости от способа передачи (ср. абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ).

Не соглашаясь с этим положением, В. В. Бердников указывает (ссылаясь на О. А. Красавчикова[77]), что договор сам по себе порождает правоотношение как юридическую связь между сторонами, а действия по исполнению обязательственного правоотношения не охватываются понятием договора, «эту функцию выполняет распорядительная сделка»[78].

Юридическая связь, порождаемая договором об отчуждении имущества, на которую указывает автор, означает не что иное как установление соответствующих взаимных прав и обязанностей сторон. Этот договор, в частности, порождает обязанность отчуждателя передать приобретателю отчуждаемое имущество. Договор сам по себе указанную обязанность передачи не реализует. Действия по передаче имущества являются другой сделкой, неразрывно связанной с отчуждательным договором, как основанием возникновения обязанности, и совершаются во исполнение обязательственного правоотношения, возникшего из договора. Такую сделку можно назвать *исполнительной*[79]. Так как она представляет собой взаимное согласование воль

---

[75] См.: *Хаскельберг Б. Л.* Об основании и моменте перехода права собственности на движимые вещи по договору // Правоведение. 2000. № 3. С. 126.

[76] *Тузов Д. О.* О правовой природе недействительных сделок. С. 190. – На с. 189–190 автор дает краткую, но достаточно емкую характеристику традиции как сделки-договора.

[77] См.: *Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск. 1980. С. 12.

[78] *Бердников В. В.* Распорядительная сделка как способ изменения имущественного положения лица // Законодательство. 2002. № 3. С. 32.

[79] Применительно к обсуждаемой правовой природе традиции представляется правильным термин исполнительная, а не распорядительная сделка, противопоставляемая договору, из которого

традента и акципиента, это сделка-договор. Данное положение не расходится с легальным определением договора как соглашения двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 420 ГК РФ). Юридическая цель и результат традиции предстает как возникновение права, в частности права собственности у приобретателя, что вполне соответствует легальной дефиниции договора.

Договорную природу передачи вещи разделяли и дореволюционные русские цивилисты. Так, по мнению Г. Ф. Шершеневича, «*Передача* есть двухсторонний акт овладения, основанный на взаимном согласии прежнего и нового владельца и действиях той и другой стороны – на вручении и принятии вещи»[80]. Поскольку же всякая передача представляет собой согласованное взаимное волеизъявление традента и акципиента, она в соответствии с принятой классификацией сделок и нормами действующего законодательства является договором (п. 1, 3 ст. 154 ГК РФ). «Традиция, – писал В. М. Хвостов, – есть сочетание двух воль, т. е. *договор*, причем договор вещный, т. е. он устанавливает вещное, а не обязательственное право»[81].

2. Второй спорный вопрос, связанный с определением правовой природы сделки-передачи, состоит, как уже отмечалось, в ее каузальном либо абстрактном характере. В современной литературе было высказано мнение о том, что передача представляет собой абстрактную бесповоротную распорядительную сделку[82]. Высказавший его автор – В. В. Бердников – настаивает на характеристике передачи вещи как распорядительной сделки, обладающей признаками, позволяющими отличать ее от обязательственной сделки (правоотношения), а именно: абстрактностью, самостоятельностью и бесповоротностью[83].

В подтверждение абстрактности традиции автор приводит высказывание немецкого ученого М. Поша, указывавшего: «Распорядительные сделки являются абстрактными, так как действительность

возникает обязательственное правоотношение. Заключение договора также представляет собой распорядительный акт, выступающий обоснованием сделки-исполнения.

[80] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 219; см. также с. 257. См. также: *Васьковский Е. В.* Учебник русского гражданского права. М., 2003. С. 329.

[81] *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 240. См. также: *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 88–89.

[82] См.: *Бердников В. В.* Указ. соч.

[83] См. там же. С. 16.

распорядительной сделки не зависит от действительности обязательственной сделки»[84].

Как представляется, В. В. Бердников упускает из виду то обстоятельство, что по ГГУ (§ 929) для перехода права собственности на движимые вещи требуется наряду с консенсуальным договором еще одно соглашение (с вещно-правовыми последствиями), направленное на перенесение права собственности. Каузальная сделка-основание и сделка с вещно-правовым эффектом разъединены (по словам Л. Эннекцеруса – искусственно разделены[85]) так, что эффект наступает независимо от действия каузальной сделки (согласованности каузы), следовательно, соглашение с вещно-правовыми последствиями является абстрактной сделкой. «Абстрагированность сделки с вещно-правовым эффектом от каузальной сделки, лежащей в ее основании, – указывает А. Ваке, – является особенностью германского правопорядка»[86].

Отмечая искусственность разделения соглашения о перенесении титула собственника и каузальной сделки, Л. Эннекцерус вместе с тем указывал, что абстрактные сделки «способствуют ясности и прочности правовых результатов сделки; поэтому права, основанные на таких сделках, более пригодны в гражданском обороте»[87].

В отличие от германского права, которое проводит принцип абстрактности соглашения с вещно-правовыми последствиями, его независимости от консенсуального договора, Гражданский кодекс РФ, как будет показано, различает сделку как основание возникновения обязательства по передаче вещи (ст. 218 ГК РФ) и сделку-традицию, которая непосредственно переносит право собственности при условии правомерности основания – каузальной сделки.

Проблема абстрактности и каузальности традиции имела и имеет важное практическое значение в плане защиты прав участников гражданского оборота. Ее решение тем более актуально сегодня, когда в юридической литературе предпринимаются попытки обосновать

---

[84] Цит. по: *Бердников В. В.* Указ. соч. С. 19.

[85] См.: *Эннекцерус Л.* Указ. соч. С. 126.

[86] *Ваке А.* Приобретение права собственности покупателем в силу простого соглашения или лишь вследствие передачи вещи? О расхождении путей рецепции и его возможном преодолении // Цивилистические исследования. Вып. I: Сборник научных трудов памяти профессора И. В. Федорова / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2004. С. 135.

[87] *Эннекцерус Л.* Указ. соч. С. 126–127. – Об отличии механизма каузальной традиции по ГК РФ от механизма абстрактной традиции см.: *Скловский К.* О действительности продажи чужого имущества. С. 84-85; *Ломидзе Э.* Распоряжение вещами: потенциал правового регулирования и приемы его реализации // Хозяйство и право. 2004. № 3. С. 54.

абстрактный характер сделки-передачи по действующему российскому гражданскому праву (В. В. Бердников).

Как уже отмечалось, передача представляет собой договор, свободное *согласованное* волеизъявление сторон, поэтому «там, где нет согласной воли лиц (*animus tradendi et accipiendi*) перенести собственность, нет и традиции, как способа приобретения права собственности»[88]. Следовательно, если одна сторона передает вещь взаймы, а другая принимает ее в качестве дара, то, несмотря на обоюдное намерение сторон перенести право собственности, желаемый эффект (результат) не наступит, ибо отсутствует *согласованное* волеизъявление об основании (каузе) передачи вещи (*iusta causa traditionis*). Каждая сторона имеет в виду каузу, отличающуюся от каузы, предполагаемой другой стороной. В этом случае передача не является юридическим фактом, с которым связывается переход права собственности.

Передача вещи всегда осуществляется с определенной целью. Трудно себе представить передачу вещи одним лицом другому и принятие ее без всякой цели. Цель или направленность передачи (*iusta causa traditionis*) получает выражение в том юридическом акте (например, в договоре купли-продажи или дарения), во исполнение которого она производится и выступающем в качестве основания передачи – *iustus titulus*.

Относительно того, как вопрос о каузальности или абстрактности традиции решался в римском праве, источники содержат противоречивые указания (D. 41, 1, 31 pr.; 41, 1, 36; 12, 1, 18 pr.)[89], а в посвященной ему обширной литературе также отсутствует единство мнений. Так, ряд романистов считает римскую традицию актом абстрактным[90]. Другие утверждают противоположное. Например, по мнению Д. В. Дождева, традиция переносит право собственности лишь при

---

[88] *Синайский В. А.* Русское гражданское право. Вып. 1. Общая часть. Вещное право. Авторское право. Изд. 2-е, испр. и доп. Киев. 1917. С. 190.

[89] Согласно одному тексту в Дигестах Юстиниана традиция – абстрактный договор (Юлиан). Противоположное мнение высказано в другом фрагменте Дигест, взятом из сочинений Ульпиана (см.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 240–241).

[90] См., напр.: *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. М.: Статут, 2003. С. 548–549; *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 241; *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. С. 243; *Voci P. Iusta causa traditionis* e *iusta causa usucapionis* // *Voci P.* Studi di diritto romano. Vol. I. Padova: Cedam, 1985. Passim. Ср.: *Schulz F.* Roman Classical Law. Oxford, 1951. P. 350, по мнению которого кауза традиции требовалась лишь в том смысле, что стороны должны были быть согласны в самом основании перенесения права собственности (например, что деньги передаются именно взаймы, а не как дар), которое на самом деле могло и отсутствовать, например, вследствие недействительности договора, что не препятствовало переходу права собственности (концепция *субъективной каузальности*).

условии, что вещь передается на правомерном основании – *iusta causa traditionis* (D. 41, 1, 31 pr.), то есть является каузальной[91].

В советской цивилистике проблема каузальности и абстрактности сделок и, в частности, традиции исследовалась М. М. Агарковым. Он разделял сделки, направленные на имущественный результат, на две категории. Содержание одних сделок «обнаруживает ту непосредственную экономическую цель, которую преследует совершающее ее лицо»[92]. Содержание же таких сделок, как передача вещи (традиция), уступка требования, чек или вексель, само по себе не позволяет установить цель, ради которой сделка совершена. Представление о преследуемой участниками сделки непосредственной экономической цели можно получить, обратившись к тем отношениям, в силу которых сделка совершена. В свою очередь эти отношения могут возникать из договора, односторонней сделки или в силу закона[93]. Сделки первой категории М. М. Агарков называл основными, а сделки второй категории – вспомогательными. «Они имеют целью осуществление того перехода имущественных благ, на которые направлены сделки первой категории...»[94]. Таким образом, М. М. Агарков признавал традицию каузальной вспомогательной сделкой.

Далее ученый указывал, что закон может придать сделкам второй категории самостоятельное значение, вследствие чего их действие не зависит от тех отношений, на основании которых они совершены. Такие сделки являются абстрактными[95].

Каузальной и вспомогательной сделкой признавала передачу и Е. А. Флейшиц: «Наиболее часто встречающаяся вспомогательная сделка – передача, совершаемая на основании договоров о переходе права собственности (ст. 66 ГК), – не производит правовых последствий, если она не соответствует основной сделке – договору о переходе права собственности»[96].

Данные суждения высказывались на базе Гражданского кодекса РСФСР 1922 г., предусматривавшего так называемую консенсуальную систему перехода права собственности по договору (ст. 66). Установ-

---

[91] См.: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 420–421. – Римскую традицию считают каузальной сделкой и некоторые иные авторы (см., напр.: *Пухан И., Поленак-Акимовская М.* Указ. соч. С. 157–158).

[92] См.: Гражданское право. Учебник. Ч. II. М., 1938. С. 380.

[93] См. там же.

[94] См. там же.

[95] См. там же. С. 381.

[96] *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951. С. 219.

ленная ГК РСФСР 1964 г. система традиции, воспринятая и Гражданским кодексом РФ, не повлекла каких-либо изменений в соотношении основной и вспомогательной сделки и, следовательно, в каузальности традиции. ГК РФ не дает никаких оснований для признания традиции абстрактной сделкой; напротив, имеются основания для противоположного вывода. Это мнение разделяется и некоторыми современными авторами. Так, не называя прямо традицию каузальной сделкой, Д. О. Тузов, по существу, признает ее именно таковой, отмечая, что передача вещи уже сама по себе является полным или частичным осуществлением той юридической (и хозяйственной) цели, на достижение которой она направлена, и которую преследовала другая, основная сделка, в соответствии с которой она была совершена[97].

Выше уже отмечалось, что в Гражданском кодексе прямо говорится о приобретении права собственности на *основании* договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении имущества (п. 2 ст. 218). Легальные определения этих договоров (исключая реальный договор дарения) предусматривают *обязанность передачи* имущества в собственность, следовательно, не может быть никаких сомнений в том, что по ГК РФ не предполагается, что договор переносит право собственности; эту функцию выполняет передача вещи – вспомогательная сделка[98], а основанием – *iusta causa traditionis* – является договор, основная сделка. Это подтверждается также указанием в п. 1 ст. 223 ГК на то, что право собственности у приобретателя *по договору* (т. е. на основании договора) возникает с момента передачи вещи (иначе говоря, только при передаче) и не возникает до ее передачи. Диспозитивный характер правила п. 1 ст. 223 не отменяет общего правила. Итак, Гражданский кодекс РФ признает передачу каузальной сделкой[99]. Традиция без каузы – соот-

---

[97] *Тузов Д. О.* О правовой природе недействительных сделок. С. 189.

[98] По действующему законодательству РФ традиция не предусмотрена в качестве самостоятельной сделки; сама по себе она, если совершается не во исполнение основной каузальной сделки, не влечет правовых последствий, связываемых с ней законом. Исключением можно назвать правило п. 4 ст. 1109 ГК РФ, согласно которому имущество, сознательно предоставленное во исполнение заведомо несуществующего обязательства, не подлежит возврату.

[99] К аналогичному выводу на основании анализа норм ГК РФ приходит К. Скловский (см.: *Скловский К.* О действительности продажи чужого имущества. С. 83–84). См. также: *Слыщенков В. А.* Указ. соч. С. 171. – По мнению В. А. Белова, который определяет передачу вещи как абстрактный и реальный договор особого рода, «переход права собственности... осуществляется не на основании *договора купли-продажи или мены, а на основании действия, направленного на исполнение обязательств, вытекающих из данного договора – передачи вещи*» (*Белов В. А.* Гражданское право. Общая и Особенная части. Учебник. М., 2003. С. 495). С этим положением трудно согласиться. Если основанием перехода права собственности является не обязательст-

ветствующего договора или иного основания – не влечет эффекта в виде перехода права собственности.

Передача вещи по ГК РФ является каузальной и тогда, когда она выполняет конституирующую функцию, т. е. осуществляется с целью заключения реального договора – *credendi (donandi) causa*, ибо в противном случае невозможно было бы установить цель передачи. Механизм каузальности традиции при заключении реального договора более сложный: передача совершается не на основании юридического факта, из которого возникает обязанность и право требования передачи вещи, но ей предшествует определенное соглашение с так называемым «отодвинутым» правовым эффектом, которое приобретает юридическую силу с совершением передачи вещи[100].

Традиция – не единственный способ приобретения права собственности на движимое имущество по договору. При определенных условиях *функцию* способа приобретения права собственности выполняет само заключение договора. Как правило, договор об отчуждении имущества является обязательственно-правовым, порождающим лично-правовую связь сторон, правоотношение[101], содержание которого составляют право требования приобретателя и юридическая обязанность отчуждателя передачи вещи в собственность в соответствии с соглашением. Однако при определенных условиях заключение договора непосредственно порождает наряду с обязательственным также вещное правоотношение (такой договор называют договором с вещным эффектом).

По договору об отчуждении индивидуально-определенной вещи в собственность или передаче иного вещного права на нее (ст. 209, 294, 296 ГК РФ), вещное право может приобретаться с момента заключения такого договора, если это установлено законом или соглашением сторон. При этом право требования передачи вещи сохраняется как обязательственно-правовое требование кредитора по обяза-

---

венный договор, а сама традиция вещи, остается без ответа вопрос о том, что является основанием передачи, притом что она производится во исполнение обязательства, а также о том, какая роль отводится договору купли-продажи. Так как передача направлена на исполнение обязательства и, следовательно, производится во исполнение обязательства, то решительно нет никаких оснований для квалификации традиции в качестве абстрактного договора.

[100] Подробно о соглашении с отодвинутым правовым эффектом см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М., 2004. С. 60–78.

[101] ГК РФ, в отличие от ГГУ (§ 929, 873), не знает категории «вещно-правовой договор», хотя договор об отчуждении индивидуально-определенной вещи в соответствии с законом или соглашением сторон может иметь вещный эффект сам по себе.

тельству, а не как требование, основанное на вещном праве[102], и направлено на исполнение обязательства, а не на защиту права собственности, ибо обязательство по отчуждению имущества следует считать исполненным при условии передачи его приобретателю в соответствии с требованиями договора и перенесении на него вещного права. При указанном условии договор выступает в двух ролях: как соглашение о передаче права и как основание обязательства, порождающее право требования одной стороны и обязанность другой – передать вещь. Вещь передается в данном случае приобретателю как кредитору в обязательстве, а не как собственнику, заявляющему виндикационный иск[103].

[102] Если право собственности перенесено на приобретателя до передачи имущества (индивидуально-определенного) в соответствии с соглашением сторон, подчеркивал Р. Саватье, приобретатель сохраняет статус кредитора и соответственно требование его передачи (*Саватье Р.* Теория обязательств. М., 1972. С. 230).

[103] См.: *Слыщенков В. А.* Указ соч. С. 165. – Критику см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М., 2004. С. 181, прим. 1.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ЗНАЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ СДЕЛОК О ПРИОБРЕТЕНИИ НЕДВИЖИМОСТИ В СОБСТВЕННОСТЬ*

Основополагающее значение правового института собственности, закрепляющего экономическую основу общества, общепризнанно. Столь же бесспорно и то, что одним из важнейших и наиболее распространенных в гражданском обороте оснований гражданских прав и обязанностей, и в том числе приобретения права собственности, является договор. В главе второй Гражданского кодекса Российской Федерации, определяющей основания возникновения гражданских прав и обязанностей, на первом месте назван договор. Его огромная роль в гражданском обороте предопределена выполняемой им функцией регулятора общественных отношений, инструмента децентрализованного (индивидуального) регулирования. Как юридический факт, договор порождает правовую связь между сторонами, распространяет на них действие соответствующих норм позитивного права, подчиняя им их поведение, и устанавливает (может устанавливать) не противоречащие закону и иным нормативным правовым актам определенные правила поведения, столь же обязательные для сторон, как и требования действующего правопорядка. С одной стороны, в силу порожденной договором юридической связи между сторонами нормы позитивного права приобретают для них как участников регулируемого этими нормами общественных отношений обязательную силу, а с другой – дого-

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. III [2006] / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2007. С. 310–344. – *Прим. ред.*

вор как инструмент саморегулирования создает обязанность следовать предусмотренным соглашением правилам поведения.

I

Приступая к исследованию вопросов приобретения права собственности (иных вещных прав) на недвижимость на основании договора, необходимо сразу отметить наличие не только общего с приобретением прав на движимые вещи, но и существенных особенностей, получивших закрепление в главах 6 и 14 ГК РФ – «Общие положения», «Приобретение права собственности» (ст. 130–132, 219, 222, 223, 225) и других законах.

Во-первых, *основаниями* производного приобретения права собственности (иных вещных прав) на движимые и недвижимые вещи являются гражданско-правовые сделки, опосредующие имущественный оборот, и прежде всего договоры (купли-продажи, мены, дарения, ренты), а также публично-правовые акты. Во-вторых, сами по себе указанные правовые акты-основания, как правило, не приводят к правовому и экономическому результату, на наступление которого они рассчитаны, и к реализации интереса приобретателя. Достижение правового и экономического результата – поступление имущества в экономическую сферу приобретателя и возможность осуществления признаваемых правопорядком правомочий – обеспечивается надлежащим исполнением установленных обязательств. Однако особенности – не столько физические, сколько социально-экономического характера – движимых и недвижимых вещей обусловливают установление различных правовых режимов движимого и недвижимого имущества.

«Без тяжкого нарушения интересов с одной или другой стороны, – говорят совершенно справедливо объяснения к проекту Швейцарского (гражданского. – *Б. Х.*) уложения, – нельзя подчинить движимость и недвижимость одним и тем же нормам»[1].

В то время как прочность и уверенность оборота движимости, отмечал И. А. Покровский, обеспечивается началом «*Hand muss Hand wahren*», оборот недвижимости обеспечивается установлением института поземельных книг. «В обороте недвижимости они (все

[1] Цит. по: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 196.

третьи лица. – *Б. Х.*) вправе доверять тому, что записано в поземельной книге»[2].

Как свидетельствует история правового регулирования оборота недвижимости, законодатель, принимая во внимание значение недвижимости как одного из важнейших социально-экономических благ и ее ценность, стремится устанавливать соответствующий режим недвижимого имущества, обеспечивающий устойчивость оборота и интересы его участников, а также государства.

Восстановление в законодательстве Российской Федерации упраздненного в первые годы советской власти деления вещей на движимые и недвижимые потребовало установления особого правового режима оборота недвижимого имущества[3].

Значение недвижимости как одного из важнейших экономических благ, служащих удовлетворению многогранных (материальных и духовных) потребностей человека и общества в целом, ее значительная ценность обуславливают необходимость закрепления особых правовых норм, призванных обеспечивать нормальное функционирование цивилизованного рынка недвижимости, и оправдывают эти нормы.

В целях обеспечения стабильности гражданского оборота недвижимости, интересов его участников, а также публичных интересов установлены специальные требования к оформлению сделок с недвижимым имуществом, отличающиеся от общих требований, предъявляемых к форме сделок. Исторически законодательство об обороте недвижимости развивалось именно в этом направлении[4].

---

[2] Там же. С. 201.

[3] Одним из важнейших элементов правового режима объектов недвижимости, установленного Гражданским кодексом РФ и Федеральным законом от 27 июня 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (в дальнейшем – *Закон о регистрации*), признана государственная регистрация права собственности и иных вещных прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

За истекшие восемь лет действия Закона о регистрации (с 30 января 1998 г.) законодатель многократно обращался к нему, подвергая корректировке, внося в него дополнения и изменения. Только в 2004 г. закон подвергался изменениям шесть раз. Лишь немногие его нормы сохранили первоначальную редакцию.

Несмотря на столь частые корректировки, направленные, естественно, на совершенствование данного закона, в цивилистической доктрине и правоприменительной практике отдельные его нормы толкуются неоднозначно, являясь предметом оживленного обсуждения. Некоторым из них, имеющим научное и практическое значение, посвящена настоящая статья.

[4] Подчеркивая особую важность определения момента перехода вещного права к приобретателю, К. П. Победоносцев утверждал: «Определить минуту этого перехода весьма важно, особенно в отношении недвижимого имущества и преимущественно в отношении поземельной собственности... оттого у всех образованных народов признано было необходимым установить искусствен-

Сделки с недвижимостью должны заключаться в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами. Несоблюдение установленной формы договора влечет его недействительность (ст. 550, 560, 651, п. 2 ст. 1017 ГК). Правило о заключении договора путем обмена документами посредством телеграфной, телетайпной, электронной и иной связи (п. 2 ст. 434 ГК) неприменимо при заключении, например, договора продажи земельного участка, жилого дома, отчуждения или аренды предприятия.

Требование оформления подлежащего регистрации договора путем составления одного документа вполне естественно, и едва ли у законодателя в отношении формы такого договора имеется альтернатива. Нельзя не учитывать и саму технику регистрации: государственная регистрация сделки, а также права собственности, возникшего на основании сделки, удостоверяется штампом регистрационной надписи, проставляемым на оригинале документа, в котором выражено содержание сделки (п. 77 Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, в редакции Постановления Правительства РФ от 12 ноября 2004 г., № 627)[5]. По указанным техническим соображениям, думается, одним документом должны оформляться подлежащие регистрации договоры с недвижимым имуществом и при отсутствии в соответствующих нормах подобного требования: договор дарения недвижимости (п. 3 ст. 574 ГК), договор ренты, предусматривающий отчуждение недвижимого имущества под выплату ренты (ст. 584 ГК).

Сделки с недвижимым имуществом с нарушением установленной простой письменной формы в виде единого документа являются ничтожными. Такие сделки не порождают юридических последствий, на которые рассчитывали заключившие их лица; они не могут быть исцелены (санированы).

Правило п. 2 ст. 165 ГК, устанавливающее в виде исключения признание судом действительной сделки, совершенной с нарушением так называемой квалифицированной (нотариальной) формы, не применяется при нарушении менее строгой – простой письменной – формы сделки: ст. 550 ГК подобного исключения из установлен-

ные признаки для удостоверения перехода недвижимой собственности. С этой целью приобретение ее совершалось публично» (*Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Первая часть. Вотчинные права. М.: Статут, 2002. С. 308).

[5] СЗ РФ. 2004. № 47. Ст. 4652.

ного ею общего правила не знает. Исключения же из общих правил, как известно, не могут предполагаться и толковаться расширительно.

Неприменимо к сделкам с недвижимостью и правило п. 1 ст. 162 ГК, согласно которому в случае несоблюдения простой письменной формы сделки стороны лишаются права ссылаться на свидетельские показания, но не лишаются возможности приводить письменные и другие доказательства. В этом случае, при отсутствии иных пороков, сделка не признается недействительной; возникают лишь затруднения в доказывании факта совершения и содержания (условий) сделки, причем нельзя исключать возможность доказывания факта заключения и содержания сделки. Другое дело – заключение с нарушением формы сделки с недвижимостью: во-первых, императивные нормы ст. 550, 560, 651, 658 ГК исключают всякую возможность доказывания факта заключения договора; во-вторых, нормы ст. 550, 560, 651, 658 о форме сделки с недвижимым имуществом представляют собой случаи, о которых говорится в п. 2 ст. 162 ГК, и, в-третьих, эти нормы следует признать специальными по отношению к правилу п. 1 ст. 162 ГК, а следовательно, действует правило – *lex specialis derogat legi generali*.

В случаях, прямо предусмотренных законом, сделки с недвижимостью подлежат нотариальному удостоверению и государственной регистрации (п. 2 ст. 339, 584 ГК). Так как нотариальное удостоверение относится к форме договора, это действие должно предшествовать регистрации, и для осуществления последней должен быть представлен нотариально удостоверенный договор. Это положение относится как к случаям, когда нотариальная форма установлена законом, так и к случаям, когда она предусмотрена соглашением сторон, хотя бы для данной сделки такая форма по закону не требовалась (п. 2 ст. 163 ГК).

II

Действующая российская система регистрации в сфере оборота недвижимости предусматривает государственную регистрацию не только прав на недвижимое имущество, но и сделок с ним, демонстрируя, по справедливому замечанию Н. А. Сыродоева, соединение двух исторически сложившихся в мире систем регистрации: регистрацию

документов (регистрация сделок) и регистрацию прав (регистрация титула)[6].

Необходимо подчеркнуть, что государственная регистрация не относится к форме сделки, не является ее элементом (ст. 158, 160, 165 ГК): форма сделки – это способ выражения (проявления) воли стороны (сторон), с которым законодательство связывает наступление определенных правовых последствий. Соблюдение требований о форме закон признает условием заключенности договора (п. 1 ст. 432 ГК). Совершение сделки в надлежащей форме предшествует регистрации. В акте государственной регистрации воля сторон не участвует и выражения не получает: к моменту его совершения она уже сформирована и проявлена вовне в представленном для регистрации договоре[7].

Кроме этих двух видов регистрации (ст. 8, 131, 164, 165, 223, 514, 584, 651, 658 ГК, Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», Федераль-

---

[6] См.: *Сыродоев Н. А.* Регистрация прав на землю и другое недвижимое имущество // Государство и право. 1998. № 8. С. 94.

Эта система регистрации подвергается в юридической литературе справедливой критике. Так, Н. А. Сыродоев указывает, что регистрация сделок является просто излишней, в ней нет никакого смысла. «Ведь система регистрации прав поглощает регистрацию сделок, делает ее ненужной, ибо документ, выражающий содержание сделки, обязательно присутствует при регистрации права» (*Сыродоев Н. А.* Указ. соч. С. 96). См. также: *Чубаров В. В.* Вопросы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Проблемы современного гражданского права / Отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. М.: Городец, 2000. С. 167; Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. Отдельное издание / Под общ. ред. В. В. Витрянского, О. М. Козырь, А. А. Маковской. М.: Статут., 2004. С. 77–86; *Петров Е. Ю.* Конструирование правил оборота недвижимости. Принцип внесения прав на недвижимое имущество // Цивилистические записки. Межвуз. сб. научн. трудов. Вып. 3. М.: Статут, 2004. С. 450.

В самом деле, среди правоустанавливающих документов, признаваемых ст. 17 Закона о регистрации, основаниями для записи в Единый государственный реестр прав (в дальнейшем – *ЕГРП*), называются договоры и другие сделки, которые, как и прочие документы, подлежат согласно ст. 13 Закона о регистрации, проверке с позиции их юридической силы, соответствия требованиям, установленным ст. 18 того же закона. В случае несоответствия сделки требованиям закона (в Законе указано: «в случаях, если... документы... не соответствуют требованиям действующего законодательства») по форме или содержанию в регистрации прав должно быть отказано (ст. 20 Закона о регистрации).

Спорность вопроса о целесообразности двойной регистрации отмечает О. Г. Ломидзе, однако убедительных доводов не приводит (см.: *Ломидзе О. Г.* Правонаделение в гражданском законодательстве России. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2003. С. 167–169).

[7] Нельзя согласиться с противоположным мнением (см., напр.: *Белов В. А.* Всегда ли нужно регистрировать сделку? // Законодательство. 1999. № 7. С. 29). Вызывает возражения и признание государственной регистрации юридически значимым элементом письменной формы сделки. По существу эта характеристика регистрации не согласуется с верным определением ее автором понятия формы сделки (см.: *Матвеев И.* Юридическое значение формы сделки и ответственность за ее нарушение // Хозяйство и право. 2001. № 12. С. 90, 93, 96).

ный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)»), предусматривается также специальная регистрация или учет отдельных видов недвижимого имущества.

Согласно ст. 164 ГК сделки с землей и другим недвижимым имуществом подлежат государственной регистрации в случаях и в порядке, предусмотренных ст. 131 ГК и Законом о регистрации. Очевидно, что данная норма не решает, какие сделки с каким другим недвижимым имуществом подлежат регистрации, не решают этого вопроса также ст. 131 ГК и Закон о регистрации. В ст. 131, хотя и используется (причем неоднократно) термин «сделка», но *требование* о регистрации сделок и указание на случаи, когда сделка подлежит регистрации, не содержится. Закон же о регистрации едва ли не постоянно при упоминании о регистрации права на недвижимое имущество тут же указывает: «и сделок с ним»[8].

Системное толкование норм ст. 164 и 131 ГК приводит к выводу, соответствующему и лингвистическому анализу текста, о том, что не все сделки с недвижимостью подлежат государственной регистрации, а только те, относительно которых имеется специальное указание в законе[9].

Никакое иное толкование нельзя признать соответствующим буквальному тексту и подлинному смыслу формулировки п. 1 ст. 164 ГК: такие случаи действительно установлены в части второй Кодекса и в некоторых других законах. В частности, регистрации подлежат: договор продажи жилого дома или квартиры, части жилого дома или

---

[8] Более того, обращает на себя внимание следующая формулировка п. 1 ст. 2 Закона о регистрации: «Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее также государственная регистрация прав)...» Фразу в скобках можно понять в том смысле, что когда далее в этом Законе говорится о регистрации прав, имеется в виду и регистрация сделок. Именно таким образом она и толкуется в одном из Комментариев: «Следует помнить, – пишет Е. А. Киндеева, – что в Законе под термином «государственная регистрация прав» понимается не только государственная регистрация прав на недвижимое имущество, но и государственная регистрация сделок с недвижимым имуществом (п. 1 ст. 2)» (Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: Комментарий / Под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 194). Формально такое толкование соответствует указанию закона, содержащемуся в скобках, иначе были бы непонятны цель и смысл этого указания. Такой юридико-технический прием написания закона используется в целях законодательной экономии. Однако в данном случае его использование порождает определенные проблемы, так как пределы обязательности и значение регистрации прав и регистрации сделок различны, а потому не все правила о регистрации прав относятся к регистрации сделок с недвижимостью, и наоборот.

[9] Это положение сегодня, пожалуй, можно считать господствующим в юридической литературе. Однако встречаются и иные утверждения, например: «Государственная регистрация обязательна для любого договора с недвижимостью» (*Егоров Ю. П.* Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. Новосибирск, 2004. С. 213).

квартиры (п. 2 ст. 558 ГК), договор продажи предприятия (п. 3 ст. 560 ГК), договор аренды предприятия (п. 2 ст. 658 ГК) и некоторые другие.

Как можно объяснить выбор законодателем видов договоров, подлежащих государственной регистрации? В юридической литературе предлагается следующий ответ: можно предположить, «что необходимость регистрации введена для обеспечения социальной защиты интересов слабой стороны гражданских правоотношений – например лиц, чьи недостаточные познания в области права заставляют законодателя позаботиться о сделках, совершаемых ими»[10].

С таким обоснованием трудно согласиться. Ведь наряду с договором ренты, предусматривающим отчуждение недвижимости под выплату ренты, в котором получателем ренты выступает гражданин, чаще всего пенсионного возраста, инвалид, договором купли-продажи жилого помещения, по которому приобретателями в основном являются граждане, действительно не обладающие достаточными правовыми знаниями, государственной регистрации подлежат договоры продажи и аренды предприятия, договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года. В этих договорах стороны – это субъекты предпринимательской деятельности, у которых имеется юридическая служба или возможность привлечения юридических консультантов, и едва ли о них проявляет заботу законодатель, якобы учитывая их недостаточные знания права.

Если это так, то как объяснить выбор видов договоров, требующих государственной регистрации?

Прежде всего, попытка найти обоснование выбора означает в то же время и оправдание целесообразности существующей регистрации договоров. При отрицательном отношении автора этих строк к самой регистрации договоров нет смысла предпринимать попытки объяснения этого выбора. Объективно же едва ли можно найти такое объяснение, принимая во внимание широкое разнообразие договоров с недвижимостью, требующих регистрации, и различный субъектный состав, в том числе участие профессиональных субъектов отношений, опосредуемых договорами, подлежащими регистрации[11].

---

[10] *Бевзенко Р. С.* Юридическое значение регистрации права на недвижимое имущество // Законодательство. 2004. № 9. С. 34.

[11] В Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе и сделок с ним справедливо утверждается, что «в законодательстве отсутствует логическое обоснование выбора оснований для регистрации сделок...» (С. 69, 81 сл.).

III

Небезынтересно отметить, что в Кодексе нет прямых указаний об *обязанности* сторон регистрировать сделки в указанных законом случаях. Употребляемое в нем выражение «подлежат регистрации» используется и в ст. 4 Закона о регистрации, хотя сама статья названа «Обязательность государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

Формулировки закона типа «подлежат регистрации», «обязательность регистрации», как представляется, нельзя рассматривать в качестве установления *юридической обязанности* сторон, заключающих сделку, подлежащую государственной регистрации, регистрировать ее; их нельзя считать предписаниями обязывания[12].

Выявление смысла и определение природы указания «подлежат регистрации» имеет важное значение, о чем будет сказано далее.

Акт государственной регистрации сделки или права как юридический факт есть правомерное действие. Как и с любым другим юридическим фактом, с актом регистрации связываются определенные юридические последствия, вид и содержание которых зависят от назначения данного вида регистрации. Функциональное назначение каждого вида регистрации определяется в соответствующих правовых нормах (п. 2 ст. 8, ст. 165, п. 2 ст. 223, п. 3 ст. 433, ст. 558, 560, 561 и др. ГК), хотя не всегда с необходимой ясностью и четкостью.

Акты регистрации совершают уполномоченные государственные органы исполнительной власти, не оказывающие и не управомоченные оказывать ни воздействия, ни влияния на волеобразование сторон, заключающих сделку, в которой сформированная воля уже получила выражение, ни вторгаться в ее содержание[13].

---

[12] В юридической литературе встречается прямо противоположное утверждение (см.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. М.: Бек, 1996. С. 287; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. М., 2002. С. 421).

[13] Конституционный Суд РФ следующим образом определяет юридическую природу и функции регистрирующих органов: «Это государственные органы в сфере исполнительной власти субъекта Российской Федерации (в настоящее время – территориальные органы федерального органа исполнительной власти – Федеральной регистрационной службы. – *Б. Х.*), оказывающие по поручению государства специализированные административные услуги, т. е. осуществляющие публичные функции...» (Определение Конституционного Суда РФ от 14 января 2003 г. № 20-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Администрации Ивановской области о проверке конституционности отдельных положений статей 9, 10 и 15 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и Примерного положения

Вводя соответствующий вид регистрации, законодатель преследует определенные цели, которые могут и не получать отражения в законодательном акте. В частности, трудно обнаружить цели введения государственной регистрации сделок с недвижимостью. Не дает ответа на этот вопрос и абз. 2 п. 1 ст. 2 Закона о регистрации, в котором говорится лишь о регистрации *права*: «государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права». В этой формулировке, строго говоря, определяется доказательственное, а не материально-правовое значение регистрации права. Если в соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 2 Закона о регистрации распространить это положение на регистрацию сделок с недвижимостью, то и в этом случае не просматривается ответ на вопрос, для чего законодатель ввел государственную регистрацию некоторых сделок с недвижимостью.

О значении государственной регистрации договора имеется принципиально важное высказывание Конституционного Суда Российской Федерации (в дальнейшем – КС РФ). Отказав в принятии к рассмотрению жалобы на отказ в регистрации договора аренды нежилого помещения, КС РФ указал, что государственная регистрация договора аренды, равно как и права аренды, не может подменять собой договор аренды как основание возникновения, изменения и прекращения права аренды, вторгаться в содержание договора. И далее: «Государственная регистрация – как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной защиты прав лица, возникающих из договорных отношений... – призвана лишь удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов». Едва ли, однако, государственная регистрация, как указывается в определении КС РФ, «создает гарантии надлежащего выполнения сторонами обязательств...»[14]. В этом утверждении – явная переоценка значения государственной регистрации сделок.

об учреждении юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (СПС «Гарант» 5.5. Текст Определения официально опубликован не был.) Приведенная характеристика позволяет правильно определить значение и природу актов государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

[14] Определение Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. № 132-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Ребау АГ» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 165 и пунктом 3 статьи 651 Гражданского кодекса Российской Федерации» //Вестник КС РФ. 2002. № 1. См. также определение КС РФ от 5 июля 2001 г. № 154-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «СЭВЭНТ» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 1 статьи 165, пункта 3 статьи 433 и пункта 3 статьи 607 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник КС РФ. 2002. № 1.

Что касается юридических последствий, к которым приводит несоблюдение требований о соответствующем виде регистрации, то в законодательстве не всегда можно найти четкий ответ. Рассмотрим подробнее вопросы, связанные с регистрацией сделок с недвижимым имуществом.

В Гражданском кодексе РФ нет единого *общего* правила о последствиях несоблюдения требования о регистрации *сделок*, подобного норме, определяющей юридические последствия нарушения нотариальной формы сделки. Место такой общей нормы – в подразделе 4 Кодекса «Сделки и представительство» раздела первого «Общие положения».

Правило п. 1 ст. 165 ГК в части, касающейся несоблюдения требований о государственной регистрации сделок, никак нельзя признать общим. Оно *ограничивает* признание сделки недействительной *случаями*, установленными законом, поэтому является исключительной нормой, предусматривающей исключение из общего правила, кстати, установленного применительно к договорам, а не сделкам вообще, что, однако, сути дела не меняет. Подтверждением этого вывода может служить сопоставление с содержащимся в том же п. 1 ст. 165 правилом о последствиях нарушения нотариальной формы сделки, не знающим никаких ограничений, признающим всякую сделку, совершенную с нарушением требования о нотариальном удостоверении, недействительной, ничтожной.

Нормы, устанавливающие требования о регистрации договоров с недвижимым имуществом и последствия несоблюдения этих требований, а точнее, определяющие юридическое значение регистрации сделок, помещены в главах Кодекса, регулирующих отдельные виды договорных отношений. По их содержанию можно выделить три группы правовых норм, различно определяющих значение регистрации сделок, исходя из которого, можно сделать выводы и о последствиях отсутствия регистрации сделок.

Одна группа норм, закрепляя требование о регистрации, связывает с ней заключенность договора с момента ее осуществления (п. 2 ст. 558, п. 3 ст. 560, п. 2 ст. 567, п. 2 ст. 658 ГК). К этой группе можно отнести и норму п. 3 ст. 433 ГК, согласно которой, если договор подлежит регистрации, он считается заключенным с момента такой регистрации[15].

[15] В эту группу можно включить и норму п. 3 ст. 4 Федерального закона «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости» (СЗ РФ. 2005. № 1.

Другую группу образуют нормы, устанавливающие последствия в виде недействительности (ничтожности) сделки (п. 3, 4 ст. 339 и п. 1 ст. 165 ГК в сочетании с нормами, к которым он отсылает)[16].

Третья группа норм, устанавливая требования о регистрации договора, не предусматривает последствий их несоблюдения (п. 3 ст. 574, п. 1 и 6 ст. 582, ст. 584, п. 2 ст. 609, п. 2 ст. 389 ГК).

Нормы первой группы не нуждаются в особых комментариях ввиду достаточной ясности определяемого ими значения регистрации сделки, состоящей в признании сделки заключенной с момента совершения регистрации: они устанавливают условие и момент признания договора заключенным.

Отсюда формально может быть сделан вывод о том, что несоблюдение требования о регистрации приводит к признанию сделки незаключенной, хотя ни в одной норме о регистрации сделок с недвижимостью формулировки о незаключенности договора не содержится.

В нормах третьей группы, составляющих большинство, предусматривается требование о регистрации договора, но не установлены значение регистрации и последствия ее отсутствия. Теоретически возможны два варианта последствий: договор не считается заключенным или является недействительным, ничтожным. В юридической литературе высказывалось мнение, согласно которому несоблюдение требования о государственной регистрации сделок, как и требования об их нотариальной форме, влечет недействительность,

---

Ст. 40), согласно которой договор участия в долевом строительстве подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

[16] Едва ли можно найти какие-либо аргументы в обоснование признания следствием отсутствия регистрации одних сделок недействительность (ничтожность), а других – незаключенность. Это подтверждается и отсутствием в юридической литературе попыток объяснить и обосновать такую дифференциацию. Уместно подчеркнуть, что предлагая довольно развернутую регламентацию недействительности сделок (ст. 166–181 ГК), законодатель не только не определяет понятие незаключенности, но и не устанавливает специальных норм о последствиях незаключенности сделки. Так как незаключенность сделки означает, что она не порождает прав и обязанностей, которые закон связывает со сделками соответствующего типа (вида), незаключенность следует толковать как недействительность сделки. Такое толкование «незаключенности» согласуется с положением п. 1 ст. 167 ГК. В нем говорится, что недействительная сделка не влечет юридических последствий за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, а согласно общему правилу ст. 168 ГК, сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна. В настоящей статье не предполагается обсуждение проблемы недействительности и незаключенности сделок (подробно об этом см.: *Тузов Д. О.* Концепция «несуществования» в теории юридической сделки. Томск: Пеленг, 2006; *он же.* О понятии «несуществующей» сделки в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2006. № 10. С. 4–26).

ничтожность сделки[17]. Из *буквального* смысла п. 1 ст. 165 ГК *такой вывод* не следует: как уже отмечалось, недействительность сделок в п. 1 ст. 165 текстуально ограничивается случаями, указанными в законе (и только в законе, например п. 4 ст. 339 ГК), представляя собой исключительное правило, подтверждаемое нормой п. 3 ст. 433: договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента регистрации, если иное не установлено законом.

Итак, по *Гражданскому кодексу* общим правилом о последствиях отсутствия регистрации сделки об отчуждении недвижимости является ее незаключенность. Однако последнюю следует толковать как недействительность, ничтожность[18]. В связи с этим особого внимания заслуживает правило, записанное в разделе VII ГК «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»[19]. Согласно п. 6 ст. 1232 «несоблюдение требования о *государственной регистрации договора* об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации либо *договора* о предоставлении другому лицу права использования такого результата или такого средства *влечет недействительность соответствующего договора*». Аналогичное правило устанавливает п. 2 ст. 1028 ГК в новой редакции: при несоблюдении требования о государственной регистрации договора концессии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности договор считается ничтожным[20]. То обстоятельство, что эти правовые нормы регулируют не оборот недвижимости, а иные отношения, как представляется, не имеет принципиального значения. Последствия несоблюдения требования о государственной регистрации договора не следует ставить в зависимость от предмета договора, принимая во внимание значение договора (соответствующего нормативно-правовым требованиям) как основания установления соответствующих правоотношений. Они должны быть едиными – ничтожность договора.

---

[17] См., напр.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 283.

[18] В связи с этим *de lege ferenda* отпадает необходимость специально выделять в законе случаи недействительности сделок вследствие отсутствия их регистрации, редакцию же п. 1 ст. 165 ГК в части, касающейся последствий отсутствия регистрации, соответственно, следует изменить.

[19] СЗ РФ. 2006. № 52. Ст. 5496.

[20] Там же. Ст. 5497.

IV

Естественно, что регистрация договора обязательно предполагает согласованность взаимных волеизъявлений сторон в надлежащей форме и подписание договора обеими сторонами.

Подписание договора и его регистрация не совпадают во времени. Возможны ситуации, когда договор надлежаще оформлен и подписан сторонами, но его государственная регистрация в установленном порядке не осуществлена вследствие уклонения одной из сторон от регистрации. При этом не имеют значения для последствий отсутствия регистрации причины несовершения действий, необходимых для регистрации[21], а равно вид сделки, требующей регистрации. Моменты подписания и регистрации сделки не совпадают и в случаях, указанных в п. 3 ст. 13 Закона о регистрации: если договор об отчуждении недвижимого имущества подлежит регистрации и подается заявление о регистрации, регистрационные действия проводятся не позднее, чем в месячный срок со дня подачи заявления и документов, необходимых для регистрации.

Согласно ст. 26 Закона о регистрации с заявлением о регистрации договора аренды недвижимого имущества может обратиться одна из его сторон, как арендатор, так и арендодатель. Казалось бы, споры в связи с непроведением регистрации договора аренды не могут возникать, так как если одна из сторон уклоняется от представления документов в регистрирующий орган, совершить это действие может другая сторона. Однако препятствием обращения ее в регистрирующий орган может служить отказ другой стороны в предоставлении документов, необходимых для регистрации. По существу такое поведение следует оценивать как уклонение от регистрации.

Нередко уклоняющаяся от регистрации сторона умышленно своим поведением создает препятствия для осуществления регистрации, а впоследствии, ссылаясь на незаключенность договора, возражает против предъявленных к ней требований. Практике известны случаи, когда незаключенность договора используется недобросовестной стороной в качестве инструмента для достижения противоправных целей. Так, арендодатель требует признания договора незаключенным

[21] При рассмотрении судом заявленного требования заинтересованной стороны о вынесении решения о государственной регистрации договора (п. 3 ст. 165 ГК) выясняются причины уклонения другой стороны, и в случае признания их обоснованными требование не подлежит удовлетворению.

по причине отсутствия его регистрации с целью прекращения долгосрочных арендных отношений. На отсутствие регистрации договора арендатор ссылается, в частности, в качестве основания возражения против требования о взыскании задолженности по арендной плате[22].

По жалобе ЗАО «Рэбау АГ» на отказ в регистрации договора аренды нежилого помещения Конституционный Суд РФ, в частности, указал, что отсутствие регистрации договора аренды здания или сооружения, заключенного на срок не менее года, «само по себе не лишает заявителя (в данном случае арендатора. – *Б. Х.*) права на судебную защиту, возможности представлять в суде... доказательства, подтверждающие недобросовестное поведение собственника и т. п.»[23]. Поскольку по данному делу иск предъявлен о регистрации договора, указание КС РФ о праве арендатора на судебную защиту следует понимать как право требования вынесения решения о государственной регистрации договора аренды. Отсутствие регистрации договора лишает стороны возможности заявления каких-либо иных требований, которые вытекали бы из действительного договора.

Для таких и аналогичных случаев актуален вопрос о юридическом значении подписанного сторонами, но не зарегистрированного договора, а также о последствиях уклонения одной из сторон от регистрации и о защите интересов другой стороны[24]. При этом возникает ряд вопросов научного и практического значения, которые лишь на первый взгляд могут показаться простыми:

---

[22] См.: *Афонина Е. И.* Вопросы квалификации незаключенной и недействительной сделки. Форма и государственная регистрация сделок // Ведомости Федерального Арбитражного Суда Северо-Кавказского округа. 2002. № 4. С. 5

[23] Определение КС РФ от 5 июля 2001 г. № 132-О, цитированное выше.

[24] Вопрос о значении подписанного сторонами, но не зарегистрированного в установленном порядке договора возникает не только при сохранении *status quo* обстоятельств, существовавших на момент его подписания, но и в случае их изменения, например смерти одной из подписавших договор сторон.

Обсуждаемая проблема не ограничивается одними сделками с недвижимостью. Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» устанавливает, что договор об участии в долевом строительстве подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации (п. 3 ст. 4). Соответствующие изменения внесены в ст. 25 Закона о регистрации (СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 40.) См. также инструкцию «Об особенностях государственной регистрации договоров участия в долевом строительстве, прав, ограничений (обременений) прав на объекты недвижимого имущества в связи с долевым строительством объектов недвижимого имущества», утв. приказом Минюста РФ от 9 июня 2005 г. № 82 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. № 25.

1) порождает ли такой договор для сторон юридические последствия и если порождает, то какие?

2) возможна ли регистрация перехода права собственности по такому договору?

3) какие последствия возникают, если по такому договору одной стороной или обеими сторонами произведено полное или частичное предоставление, предусмотренное договором?

В юридической литературе нет единства мнений по указанным вопросам, а некоторые высказывания не отличаются необходимой четкостью и обоснованностью. К сожалению, как будет показано, не всегда подвергается анализу природа правоотношения государственной регистрации.

Е. А. Крашенинников, верно характеризуя государственную регистрацию сделки как административный акт, указывает, что последний является предпосылкой вступления сделки в силу и не входит в фактический состав подлежащей регистрации сделки: «последняя считается совершенной не с момента ее регистрации, как утверждается в п. 3 ст. 433 ГК, а с выполнением фактического состава, предусмотренного законом для данного типа сделки»[25].

Соглашаясь с Е. А. Крашенинниковым, отметим, что, независимо от того, признается ли регистрация сделки моментом ее заключения или выполнением фактического состава, сделка порождает правовые последствия, на наступление которых направлена, при условии совершения акта государственной регистрации.

О значении факта подписания договора, требующего регистрации, до осуществления последней высказана и другая точка зрения, согласно которой такой договор все же имеет определенную юридическую силу. «...Подписав договор, требующий государственной регистрации, – утверждает Л. А. Чеговадзе, – стороны также становятся связаны им как состоянием в договоре»[26]. И далее: «уже сам факт подписания договора относится к числу юридических фактов, поскольку порождает гражданское правоотношение как юридическую связь участников договора, в силу которой они обязаны провести акт государственной регистрации для того, чтобы договор считался заключенным»[27]. Вместе с тем автор указывает, что требующий государственной

[25] *Крашенинников Е. А.* Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву / Под ред. Е. А. Крашенинникова. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 9, сн. 17.

[26] *Чеговадзе Л. А.* Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004. С. 291.

[27] Там же. С.292.

регистрации договор не считается в момент подписания заключенным, а «возникшие на добровольной основе права и обязанности сторон договора не являются обязательными настолько, чтобы быть исполненными под воздействием другой стороны. Но, тем не менее, факт заключения договора связывает стороны состоянием в договорном правоотношении»[28]. «Кроме того, – пишет Л. А. Чеговадзе, – акт государственной регистрации для самой сделки никакого образующего значения не имеет... Акт государственной регистрации выполняет контрольные функции...»[29].

Позицию Л. А. Чеговадзе невозможно оценивать однозначно. С ней следует согласиться в том, что подписанный сторонами договор порождает юридическую связанность, означающую обязанность провести акт государственной регистрации сделки. Другие утверждения требуют уточнений. Не удалось автору избежать и определенных противоречий.

Прежде всего, следует заметить, что Л. А. Чеговадзе обходит молчанием вопрос об отраслевой принадлежности норм Кодекса о государственной регистрации сделок и правовой природе соответствующих отношений. Не определив ее, невозможно обсуждать и вопрос об обязанности регистрации сделок и ее правовой природе.

V

По российскому законодательству действует заявительный порядок государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Согласно ст. 16 Закона о регистрации, государственная регистрация проводится на основании заявления правообладателя, сторон договора или уполномоченного им (ими) на то лица[30]. Отсюда следует, что за сторонами договора признается *право обращения* с заявлением в регистрирующий орган, реализация которого, кстати, сроками не ограничена.

---

[28] *Чеговадзе Л. А.* Основания и последствия распоряжения объектом права собственности // Хозяйство и право. 2003. № 12. С. 89.

[29] Там же. С. 90. Кроме того, указание автора, что суд, принимая решение о государственной регистрации сделки, якобы выполняет функцию регистрирующего органа, не соответствует действительности.

[30] Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ установлено, что представлять заявление о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в регистрирующий орган может нотариус в случае нотариального удостоверения им соответствующей сделки или совершения им иного соответствующего нотариального действия. Соответственно дополнен абз. 2 п. 1 ст. 16 Закона о государственной регистрации (СЗ РФ. 2006. № 27. Ст. 2881).

Государственная регистрация, в том числе регистрация сделок – элемент публично-правового регулирования в частном праве[31]. Рассматривая вопрос о соотношении публичного и частного права, В. Ф. Яковлев отмечает их тесную связь и взаимное проникновение норм одной части права в другую его часть[32]. Элементы публично-правового регулирования содержатся в современном гражданском праве при использовании законодателем различных форм «для обозначения, обеспечения и защиты публичных интересов в сфере действия гражданского права»[33]. Одной из таких форм является предусмотренная гражданским правом «обязательная государственная регистрация определенных обстоятельств... Сама по себе регистрация носит властно-обязательный характер...»[34]. Видом государственной регистрации, применяемой в сфере действия гражданского права, является регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним[35].

Нормы, регулирующие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, – это нормы публично-правового характера. Они регулируют отношения между участниками, заключающими сделки с недвижимостью, с одной стороны, и соответствующими регистрирующими государственными органами исполнительной власти, осуществляющими в этих отношениях свои властные функции[36], – с другой, и не регулируют отношения между самими участниками.

---

[31] См.: *Витрянский В. В.* Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе // Хозяйство и право. 2003. № 6. С. 18.

[32] См.: *Яковлев В. Ф.* Экономика. Право. Суд. М., 2003. С. 145–173.

[33] Там же. С. 157 сл.

[34] Там же. С. 158.

[35] Там же. С. 160.

[36] См.: *Брагинский М. И.* О месте гражданского права в системе «право публичное и право частное» // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей / Отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. М.: Городец, 2000. С. 70.

Трудно согласиться с мнением, согласно которому «нормы о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним образуют гражданско-правовой институт» (*Петров Е. Ю.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним в гражданском обороте недвижимости: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 7), а также с признанием института государственной регистрации межотраслевым, так как государственная регистрация «затрагивает не только гражданские и земельные отношения, но также и административные вопросы» (*Шейнин Л. Б.* Государственная регистрация недвижимости: создает право или подтверждает его? // СПС «Гарант» 5.5). Представляется, что авторы допускают смешение государственной регистрации как публично-правового акта и отраслевую принадлежность правоотношений, связанных с ним. То обстоятельство, что с регистрацией – административно-правовым актом – закон связывает гражданско-правовые последствия и последствия иной отраслевой принадлежности, вовсе не означает, что регистрация – гражданско-правовой или межотраслевой институт.

В Законе о регистрации указывается, что участниками отношений, возникающих при государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, являются собственники недвижимого имущества и обладатели иных, подлежащих государственной регистрации прав на него, в том числе граждане РФ и другие названные в нем лица, с одной стороны, и *органы, осуществляющие государственную регистрацию* прав на недвижимое имущество и сделок с ним, – с другой (ст. 5).

В правоотношениях по государственной регистрации регистрирующие органы выступают в качестве обязанных провести регистрацию при условии соблюдения заявителем установленных требований, а стороны договора – в качестве управомоченных, наделенных законом правом обращения с заявлением о регистрации. Именно для регистрирующих органов установлен предельный срок для совершения акта регистрации (п. 3 ст. 13 Закона о регистрации).

Указание в ст. 164 ГК (п. 1), что сделки с землей и другим недвижимым имуществом *подлежат* в установленных случаях государственной регистрации, как уже отмечалось, не представляет собой предписания-обязывания, предусматривающего юридическую обязанность сторон регистрировать сделку. Неосуществление сторонами регистрации не является правонарушением в форме бездействия.

Следует помнить, что наряду с предписаниями, выполнение которых обеспечивается возможностью принуждения, существуют нормы, не исключающие возможности выбора между разными вариантами поведения и не обеспечивающие мерами принуждения какого-то определенного, одобряемого правом выбора поведения[37].

Выбор иного варианта поведения, отступление от запрограммированного правопорядком стандарта противоправным не является. Тем не менее такое поведение приобретает правопрепятствующее значение, то есть «препятствует наступлению искомого юридического эффекта, приводит к некоторым неблагоприятным последствиям, не связанным с применением к лицу мер государственно-принудительного воздействия (санкций)»[38]. Применение санкций, как известно, возможно лишь при условии совершенного правонарушения.

---

[37] См.: *Шахматов В. П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. С. 121. См. также: *Самощенко И. С.* Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 70, сн. 1.

[38] *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. Вып. 2. Свердловск., 1964. С. 121 сл.

Так как государственная регистрация – акт публично-правового характера, совершаемый регистрирующим государственным органом, он не может влиять на заключенность договора, представляющего собой результат взаимного соглашения его сторон в установленной форме. Регистрирующий орган волю на заключение договора не выражает, да она и не требуется. Другое дело, что законодатель придает публично-правовому акту – регистрации – частно-правовое значение, связывая с его совершением приобретение им юридической силы и наступление правового результата, на который стороны рассчитывали. Регистрация сделки выступает в качестве условия ее юридической силы, является необходимой предпосылкой возникновения на ее основании прав и обязанностей, установления которых стороны желали.

«При заключении некоторых сделок, – писал Эннекцерус, – требуется участие государственного органа; так, передача права собственности на земельный участок предполагает участие бюро поземельных книг (запись в поземельную книгу), заключение брака предполагает участие сотрудника учреждения, ведающего составлением и регистрацией актов гражданского состояния...»[39]. «Было бы, однако, неправильно рассматривать все и каждую предпосылку действительности сделки как часть фактического состава этой сделки»[40]. «...Сделкой мы называем только тот (содержащий волеизъявление) фактический состав, который рассматривается правопорядком как основание правовых последствий... То, что с точки зрения правопорядка не обосновывает правовых последствий, а только их обуславливает, не считается составной частью сделки, а только условием ее силы, и если это условие во времени следует за заключением сделки, его обозначают как condicio juris (условие права)»[41].

В подтверждение сделанного выше вывода о статусе регистрирующего органа и его обязанностей можно также привести следующую норму ГК и Закона о регистрации: отказ в государственной регистрации прав либо уклонение соответствующего органа от государственной регистрации могут быть обжалованы в суд, арбитражный суд (п. 5 ст. 131 ГК[42], п. 5 ст. 2 Закона о регистрации). Объектом обжалования, как известно, может быть неправомерное действие (бездействие)

[39] *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 117.
[40] Там же.
[41] Там же. С. 118.
[42] В редакции Закона от 16 декабря 2006 г. № 231-ФЗ – «оспорены в суде» (СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5497).

юридически обязанного органа или должностного лица, нарушающее право другого субъекта. Неправомерный отказ (уклонение) в регистрации исходит от регистрирующего органа, обязанного провести регистрацию при соблюдении заявителями установленных законом требований. Право обжалования признается за участником гражданского оборота, право которого на регистрацию нарушено регистрирующим органом, выступающим ответчиком по иску. За такие действия (бездействие) органы, осуществляющие регистрацию, несут ответственность (п. 1 ст. 31.1 Закона о регистрации).

В соответствии со ст. 425 ГК договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения. Недействительность договора означает, что юридический результат, *на достижение которого он направлен и которого стороны желали*, не наступает, обязательство, на установление которого направлена согласованная воля сторон, не возникает[43]. Это следствие неосуществления государственной регистрации договора не является гражданско-правовой санкцией и не может признаваться таковой по указанным выше причинам: нет юридической обязанности – нет правонарушения, нет и санкции. Действует принцип, аналогичный известному постулату в области уголовного права: *nullum crimen, nulla poena sine lege* – без закона нет преступления, нет и наказания. Как справедливо писал О. Э. Лейст, санкция непосредственно связана с требованием определенного поведения, содержащегося в правовой норме. В юридической обязанности выражено требование должного поведения, в санкции – способ государственного принуждения к выполнению (со-

[43] Противоположное мнение, согласно которому, с момента подписания подлежащего регистрации договора возникает обязательственное правоотношение, и стороны вправе требовать друг от друга соответствующего поведения, то есть исполнения обязательства (см.: *Ширинская Е. Ю.* Сделки с недвижимостью: последствия несоблюдения требований о государственной регистрации // Юрист. 2005. № 1. С. 12) представляется ошибочным. Е. Ю. Ширинская сама себе противоречит, указывая, что если незаключенная сделка (вследствие неосуществления ее государственной регистрации) исполнена, то подлежат применению нормы о неосновательном обогащении и гражданско-правовой ответственности (см. там же. С. 10). Таким образом, с одной стороны, по мнению автора, можно требовать исполнения обязательства, а с другой – если таковое произведено, возникает правоотношение неосновательного обогащения, а также гражданско-правовая ответственность. Если бы подписанный, но не зарегистрированный договор действительно порождал обязанность и право требования материального предоставления, то не могло бы возникнуть кондикционное обязательство, а равно юридическая ответственность. Нельзя не отметить и другое: если бы на основании подписанного договора стороны могли требовать друг от друга исполнения возникшего обязательства, то, по-видимому, регистрация договора утрачивала бы всякий смысл.

блюдению) этого требования, угроза принуждения на случай его нарушения[44].

Нормы о государственной регистрации сделок наряду с возложением обязанностей на регистрирующий государственный орган и предоставлением сторонам права на регистрацию в сочетании с правилами, определяющими последствия неосуществления регистрации, имеют значение установления необходимого условия действительности договора, условия его юридического действия, способного вызвать к жизни обязательственное правоотношение, возникновение которого закон связывает с зарегистрированным договором. Несоблюдение этого условия, не являясь противоправным бездействием, приводит к недостижению правового результата его действительности[45].

Итак, неосуществление государственной регистрации сделки, требующей такой регистрации, но не имеющей каких-либо пороков, – не запрещенное объективным правом бездействие. Однако такая сделка не является основанием возникновения регулятивного гражданского правоотношения, которое стороны стремились установить.

Вместе с тем следует заметить, что подписанный сторонами договор как взаимное согласованное свободное волеизъявление нельзя считать не имеющим никакого юридического значения, иррелевантным для права. В противном случае пришлось бы признать акт регистрации сделки заменяющим волеизъявление сторон, что было бы, разумеется, неверно. Кроме того, на основании вступившего в законную силу решения суда (п. 3 ст. 165 ГК) регистрируется именно подписанный обеими сторонами договор, а не вновь заключенный, и решение суда выносится после исследования относящихся к нему материалов и установления его соответствия требованиям закона в отно-

---

[44] *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Изд-во МГУ, 1981. С. 23.

[45] Следует согласиться, применяя соответствующие положения к проблеме государственной регистрации сделок, с Д. О. Тузовым, указывающим, что «положения о форме сделок, равно как и других предъявляемых к ним требованиях, не устанавливают ни обязанностей, ни санкций за их нарушение. Их выполнение есть лишь *необходимое условие* действительности сделки и достижения соответствующего правового результата» (*Тузов Д. О.* Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: Дисс. … д-ра юрид. наук. Томск, 2006. § 8. С. 51). Автор, ссылаясь на О. Э. Лейста, правильно отмечает, что «последствия» в виде ненаступления желаемого результата по причине несоблюдения требуемых условий «санкцией не являются, поскольку санкции направлены против правонарушений, а не против тех действий, совершение которых предоставлено усмотрению сторон» (*Лейст О. Э.* Указ. соч. С. 26. См. также: *Тузов Д. О.* О правовой природе недействительных сделок // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 14. Астана, 2002. С. 201).

шении данного вида договора[46]. Это, как представляется, убедительно подтверждает, что и незарегистрированный договор, надлежаще оформленный, соответствующий и другим требованиям закона, порождает определенную юридическую связь между сторонами, подписавшими его[47].

Данное утверждение нельзя признать противоречащим, как может показаться на первый взляд, п. 3 ст. 433 ГК. Из подписанного, но не зарегистрированного договора возникает гражданское правоотношение между подписавшими его участниками, однако не то гражданское правоотношение, на установление которого он направлен, и предусмотренное нормами, регулирующими договорные отношения данного вида. Возникает иное правоотношение, содержанием которого являются взаимные права и соответствующие им взаимные обязанности сторон совершить определенные действия, необходимые для регистрации сделки. Тем более, что обычно стороны в подписанный договор или в дополнительное соглашение включают условие, определяющее, на какую сторону возлагается обязанность и в какой срок представить документы для регистрации в регистрирующий орган. Этой обязанности корреспондирует субъективное право требования другой стороны.

С моментом совершения регистрации закон (п. 3 ст. 433 ГК) связывает приобретение договором юридической силы, значение юридического факта, основания возникновения того материального гражданского правоотношения, которое стороны стремились установить.

Подписав договор, облеченный в установленную форму, каждая сторона рассчитывает на достижение определенного правового и имущественного результата. Вследствие уклонения одной из сторон от регистрации договор не вступает в действие, не имеет юридической силы, положение другой стороны оказывается неопределенным. У нее возникает интерес в придании договору юридической силы, т.е. интерес в его

---

[46] Нельзя не отметить наличие определенного противоречия между нормами, устанавливающими, что договор является *заключенным* с момента его регистрации, и правилом п. 3 ст. 165, в котором говорится о *совершенной* в надлежащей форме сделке, т. е. сделке *заключенной*, от регистрации которой уклоняется одна из сторон.

[47] Формула «нет регистрации – нет и самой сделки» (*Чубаров В. В.* Указ. соч. С. 170) в принципе неприемлема и противоречит п. 3 и 4 ст. 165 ГК, предусматривающим не только вынесение судом решения о регистрации сделки (которой по приведенной формуле нет), но и возмещение убытков уклоняющейся от регистрации стороной другой стороне, вызванных задержкой проведения регистрации. Об этом подробнее см. ниже.

государственной регистрации, признаваемый и охраняемый законом (п. 3 ст. 165 ГК).

Уклонение от регистрации сделки – противоправное бездействие уклоняющейся стороны, нарушение ею своей обязанности[48], правонарушение, в связи с которым возникает охранительное правоотношение и в его рамках – материальное гражданско-правовое притязание у другой стороны. Объектом защиты является охраняемый законом интерес стороны в регистрации, устранении существующей неопределенности ее правового положения, создавшейся вследствие незарегистрированности договора. Способом защиты является исковое требование о вынесении судом решения о государственной регистрации договора (п. 3 ст. 165 ГК).

VI

Согласно п. 3 ст. 165 ГК, если одна из сторон уклоняется от регистрации сделки, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации сделки, в соответствии с которым проводится регистрация последней.

Указание закона «вправе вынести решение» нельзя понимать в смысле наделения суда *дискреционной* властью, т. е. возможностью решать по своему усмотрению, как предоставление права выбора между удовлетворением иска и отказом в иске. Как верно отмечается в юридической литературе, сама по себе управомочивающая конструкция в правовых нормах типа «может быть», «вправе» иногда выполняет функции, не связанные с предоставлением правоприменителю права выбора[49].

В правоприменительной практике неоднозначно решается вопрос о фигуре ответчика по рассматриваемой категории дел. Обоснованной следует признать практику, которая исходит из того, что ответчиком по требованию, заявленному на основании ст. 165 ГК в связи

---

[48] По-видимому, единообразной судебной практики по обсуждаемому вопросу еще не сложилось. Так, в одном из судебных актов буквально указано следующее: «...Суд апелляционной инстанции пришел к правильному выводу о том, что в силу ст. 131, 609 ГК РФ договор от 24.12.2001 г. (охранительно-арендный договор. – *Б.Х.*) не порождает правовых последствий для участвующих лиц, в том числе обязательств по его регистрации» (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 23 июня 2006 г. № ФО3-А73/03--1/1370 // СПС «Консультант плюс». По другому делу кассационный суд указал, что сторона, уклонившаяся от регистрации договора, нарушает своим бездействием права и законные интересы истца (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27 августа 2003 г. № А21 6459/02-С2 // СПС «Консультант плюс».

[49] См.: *Чистяков К. Е.* Влияние изменения обстоятельств на договорные обязательства. Красноярск. 2001. С. 103.

с уклонением одной из сторон договора от регистрации сделки, является уклоняющаяся сторона, нарушающая своим бездействием интересы истца, а не орган, осуществляющий государственную регистрацию, при условии, что он не совершал каких-либо действий, нарушающих права истца. Так, по одному делу кассационная инстанция посчитала неправильным отказ апелляционного суда в иске на том основании, что учреждение юстиции, участвовавшее в деле в качестве третьего лица, не было привлечено к участию в качестве ответчика, и указала, что ответчиком по требованию, заявленному на основании ст. 165 ГК в связи с уклонением одной из сторон договора от его государственной регистрации, является уклоняющаяся сторона, нарушающая своим бездействием «права и законные интересы истца, а не орган, осуществляющий государственную регистрацию...», так как последний не совершал каких-либо действий, нарушающих права истца[50].

Обязанность доказывания факта уклонения от регистрации возлагается в соответствии с п. 1 ст. 56 ГПК РФ и п. 1 ст. 65 АПК РФ на истца.

Установив наличие законных оснований, суд *обязан* вынести решение о государственной регистрации договора.

Судебным решением о регистрации договора еще не устраняется основание его недействительности, сделка не исцеляется. На это обратил внимание Д. О. Тузов, указав: «...Не является исцелением в строгом смысле вынесение судом решения о регистрации сделки... сделка судом не исцеляется... судебное решение... лишь заменяет необходимое для госрегистрации волеизъявление другой стороны...»[51]. Решение суда не заменяет регистрацию. По прямому указанию закона судебное решение является лишь основанием для регистрации сделки (п. 3 ст. 165 ГК: сделка регистрируется в соответствии с решением суда; согласно п. 1 ст. 17 Закона о государственной регистрации основа-

---

[50] См. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27 августа 2003 г. № А21-6459/02-С2 // СПС «Консультант плюс».

[51] *Тузов Д. О.* Исцеление ничтожных сделок // ЭЖ-Юрист. 2005. № 5, февраль. См. также: *он же.* Конвалидация ничтожных сделок в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2004. № 7. С. 148, сн. 21.

Утверждение о том, что «в п. 3 ст. 165 ГК предусматривается возможность "исцеления" незарегистрированной сделки...» (*Чубаров В. В.* Указ. соч. С. 168) не соответствует действительному положению вещей, создаваемому решением: оно не заменяет акта регистрации, служит лишь основанием для ее проведения, устанавливает обязанность регистрирующего органа осуществить регистрацию. Наличие вступившего в законную силу решения суда автоматически не приводит к регистрации: может оказаться, что она не будет проведена, хотя бы потому, что не последовало заявления о регистрации.

ниями для государственной регистрации... являются... вступившие в законную силу судебные акты). Лишь с момента регистрации, а не с момента вынесения решения о регистрации[52] сделка приобретает юридическую силу, значение основания возникновения материального правоотношения, которое стороны и стремились установить.

Порядок государственной регистрации *договоров* на основании судебного решения (или иного судебного акта) законом специально не установлен, в отличие от порядка регистрации *прав* на недвижимость на основании судебного акта (ст. 28 Закона о регистрации). Это можно признать пробелом закона, если не учитывать уже упоминавшееся ранее указание в п. 1 ст. 2 Закона о регистрации на то, что когда в законе говорится о регистрации прав, имеется в виду и регистрация сделок. В соответствии с этим регистрация договора должна осуществляться в порядке, установленном ст. 28 Закона о регистрации, предусматривающей, что регистрация осуществляется на общих основаниях[53]. Это означает, что регистрация осуществляется при условии подачи заявления заинтересованным лицом, уплаты им установленной госпошлины и представления договора для регистрации, а также судебного решения.

Закрепленный в п. 3 ст. 165 ГК способ защиты нарушенного субъективного права истца исключает необходимость совершения каких-либо действий стороной, уклоняющейся от регистрации сделки. Законом не установлена обязанность уклоняющейся стороны совершать соответствующие действия по регистрации договора. Поэтому и судебным решением, которым удовлетворяется требование истца, не следует возлагать на уклоняющуюся сторону какие-либо обязанности по осуществлению регистрации, которая уже не зависит от его заявления о регистрации[54].

Такой подход законодателя к решению проблемы представляется оптимальным, так как исключает необходимость применения мер, побуждающих и принуждающих уклоняющуюся сторону к исполнению ее обязанности. Исполнение судебного решения государственным органом, осуществляющим государственную регистрацию, обеспечивается действующим положением об обязательности вступивших в законную силу судебных актов для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, долж-

[52] См.: *Чеговадзе Л. А.* Структура и состояние гражданского правоотношения. С. 292.

[53] См.: *Маковская А. А.* Судебный акт как основание государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Вестник ВАС РФ. 2003. № 4. С. 111.

[54] Между тем нередки судебные решения, содержащие формулировки, обязывающие ответчика по делу провести регистрацию договора.

ностных лиц и граждан и о том, что они подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации (ст. 13 ГПК РФ, ст. 16 АПК РФ).

Предъявляя требование о регистрации договора в соответствии с п. 3 ст. 165 ГК, заинтересованное лицо реализует право на судебную защиту и свое материальное охранительное субъективное право.

Исследовав материалы дела, установив наличие и соответствие закону всех элементов (а не только формы, как указано в п. 3 ст. 165), необходимых для заключения сделок данного вида, прежде всего законность содержания, отсутствие каких-либо иных пороков, влияющих на действительность сделки (кроме пороков, влекущих ее *оспоримость*, если заинтересованная сторона не обратилась в суд с иском о ее аннулировании[55]), признав требование обоснованным, суд принимает решение об удовлетворении иска. Суд должен вынести решение о регистрации как в случае, когда закон текстуально определяет последствие отсутствия регистрации как незаключенность договора, так и в случае, когда таковое сформулировано в качестве недействительности, ничтожности[56] (п. 1 ст. 165, п. 4 ст. 339 ГК, п. 1 ст. 10 ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»)[57].

В юридической литературе высказано мнение, что судебное решение по иску одной стороны на основании п. 3 ст. 165 ГК к другой стороне является решением о *понуждении* последней *к регистрации договора*. При этом такой иск не рассматривается практикой как требование о понуждении к заключению договора (допускаемое в случаях, указанных в абз. 2 п. 1 ст. 421 ГК), хотя на основании судебного решения об удовлетворении иска проводится запись о регистрации, а значит – его заключение[58]. Однако говорить о понуждении к регистрации и заключению договора в нарушение правила абз. 2 п. 1 ст. 421 ГК, как пишет Д. И. Мындря, не приходится. Следует напомнить, что, подписав договор, требующий регистрации, стороны взаимно обязались представить его для регистрации или определили, какая из них обязана это сделать. Сторона, уклоняющаяся от регистрации догово-

---

[55] См.: *Тузов Д. О.* Конвалидация ничтожных сделок в российском гражданском праве. С. 159.

[56] В обзоре практики разрешения споров, связанных с применением Закона о регистрации, указывается, что буквальное содержание нормы п. 3 ст. 165 ГК не позволяет сделать вывод о ее применении только в случаях недействительности сделок вследствие отсутствия регистрации; Кодекс не устанавливает каких-либо особых положений для сделок, признаваемых вследствие отсутствия регистрации незаключенными (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59, п. 7 // Вестник ВАС РФ 2001. № 4. С. 24 сл.).

[57] СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 42.

[58] См.: *Мындря Д. И.* Несовершённость и недействительность гражданско-правовых сделок // Бизнес. Менеджмент. Право (Екатеринбург). 2002. № 1. С. 70.

ра, нарушает свою обязанность. Решение суда о регистрации и осуществление ее в соответствии с ним выступает в качестве способа реальной защиты охраняемого законом интереса другой стороны в устранении неопределенности своего положения в связи с незарегистрированностью договора.

Подписав договор, в котором стороны свободно выразили свою согласованную волю, определили его условия, свои права и обязанности, они уже *заключили* договор. Поэтому нет оснований считать его регистрацию на основании судебного решения принуждением к заключению договора.

Установление возможности регистрации сделки на основании судебного решения обеспечивает реальную защиту добросовестной стороны договора и соответствует общей направленности гражданского права, призванного стимулировать и охранять добропорядочное, соответствующее требованиям законодательства поведение участников гражданского оборота. Регистрация сделки на основании судебного решения не ставит уклоняющуюся от регистрации сторону в худшее положение по сравнению с тем, которое соответствует ее намерениям, получившим выражение в подписанной сделке. Стоит отметить, что судебное решение о регистрации не вносит каких-либо изменений в содержание сделки.

Уклонение от регистрации может обусловливаться различными мотивами и выражаться в различных формах бездействия, в частности, в непредоставлении правоустанавливающих или иных необходимых для регистрации документов. В таком случае, пишет А. Л. Ильченко, «суд может по требованию другой стороны лишь вынести решение об обязании уклоняющейся стороны представить необходимые для регистрации документы истцу в определенный судом срок и возмещении убытков, понесенных другой стороной», вызванных «задержкой в регистрации, либо в рамках такого судебного процесса... истребовать соответствующие документы у лица, которое ими обладает, в порядке, предусмотренном ст. 66 АПК РФ (по ходатайству истца)»[59].

О возможности взыскания убытков в процессе, в котором суд возлагает на уклоняющуюся сторону обязанность представить или сам истребует необходимые для регистрации сделки документы, будет сказано несколько далее, а сейчас обратимся к норме п. 4 ст. 165 ГК: сто-

[59] *Ильченко А. Л.* Государственная регистрация прав и сделок с недвижимостью как средство государственного регулирования предпринимательской деятельности. Автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. М., 2005. С. 29.

рона, необоснованно уклоняющаяся от государственной регистрации сделки, должна возместить другой стороне убытки, вызванные задержкой регистрации сделки.

Возмещение убытков – одна из форм гражданско-правовой ответственности. Основанием наступления любого вида юридической ответственности является совершение правонарушения. Объектом гражданского правонарушения является субъективное гражданское право, закрепленное и охраняемое соответствующей нормой или условием договора. Возмещение убытков в соответствии с п. 4 ст. 165 ГК – санкция за нарушение уклоняющейся от регистрации сделки стороной ее юридической обязанности и способ защиты добросовестной стороны сделки (ст. 12 ГК).

Что касается возможности взыскания убытков в процессе по иску о государственной регистрации, то с мнением А. Л. Ильченко трудно согласиться. Не исключено, что правоустанавливающие и иные документы, необходимые для регистрации договора, не будут представлены или вообще отсутствуют, а потому не могут быть представлены, и суд на основании представленных доказательств не установит право собственности отчуждателя, вследствие чего положительное решение о регистрации не будет вынесено и регистрация окажется неосуществимой. Между тем решение о возмещении убытков вступит в законную силу и будет подлежать исполнению. Поэтому, на мой взгляд, требование о возмещении убытков может быть удовлетворено лишь при условии принятия решения о регистрации договора.

В судебном же процессе, закончившемся без вынесения решения о регистрации договора, взыскание убытков невозможно. К такому выводу приводит уяснение смысла нормы п. 4 ст. 165 ГК. В ней указывается: в случаях, предусмотренных п. 3 настоящей статьи, «сторона, необоснованно уклоняющаяся от... государственной регистрации сделки, должна возместить...». А п. 3 этой же статьи говорит, что при указанных в нем условиях «суд вправе... вынести решение о регистрации сделки». Это подтверждает сделанный вывод: взыскание убытков закон связывает с вынесением судом решения о регистрации сделки.

В п. 4 ст. 165 ГК, предусматривающем возмещение убытков, не уточняется, какие убытки имеются в виду. По общему правилу, можно требовать полного возмещения причиненных убытков. Возмещение убытков в меньшем размере может быть предусмотрено законом или договором (п. 1 ст. 15 ГК). Так как п. 4 ст. 165 не содержит оговорки,

ограничивающей возмещение реальным ущербом, взысканию подлежат понесенные убытки в полном объеме, включая упущенную выгоду[60].

Обращение с иском о регистрации сделки не обусловлено фактическим имущественным предоставлением во «исполнение» незарегистрированного договора хотя бы одной стороной. Если, однако, предоставление произведено одной стороной или обеими сторонами, а заинтересованная в осуществлении регистрации сделки сторона не предъявила иска о регистрации, возникает вопрос о судьбе произведенного предоставления, имея в виду то, что передачу недвижимого имущества по договору, подлежащему регистрации, в случае неосуществления последней, нельзя признать исполнением обязательства, так как обязательство, содержанием которого является право требования и обязанность передачи объекта недвижимости, не возникло. В этом случае, если договор вследствие отсутствия регистрации считается по прямому указанию п. 1 ст. 165 ГК недействительным, ничтожным, произведенная передача (*traditio*) как сделка также недействительна, возникает реституционное обязательство (п. 2 ст. 167 ГК). Аналогичными должны быть последствия в случае признания договора (следуя формулировке п. 3 ст. 433 ГК) незаключенным, исходя из того, что незаключенный договор нужно толковать как недействительный.

VII

В заключение обсуждаемой проблемы регистрации сделок с недвижимостью необходимо обратиться к вопросу о последствиях неосуществления, на основании представленных документов, государственной регистрации в установленный срок в случае наступления смерти заявителя. В законодательстве о недвижимости не содержится на этот счет никаких указаний. Между тем в судебной практике споры в связи с этим возникают. Интерес представляет следующее дело.

30 марта 2004 г. между И. и В. был заключен договор, по которому И. подарил В. квартиру. В тот же день В. и поверенный И. представили документы на регистрацию сделки и перехода права собственности. 11 апреля 2004 г. даритель И. умер. Затем последовало приостановление регистрации (14 апреля 2004 г.) и отказ в регистрации (14 мая 2004 г.) на основании, как указано в сообщении регистрирующего органа, абз. 3 п. 1 ст. 20 Закона о регистрации, ст. 17, 18, п. 3

[60] В юридической литературе высказано мнение о возмещении в этом случае лишь реального ущерба (см.: *Брагинский М. И. Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 285).

ст. 433 ГК. Отказ мотивирован прекращением правоспособности И. в связи со смертью, вследствие чего он, по мнению учреждения юстиции по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, «не может заключать сделки, иметь права». Вывод учреждения юстиции гласит: «таким образом, документы, предоставленные на государственную регистрацию, по содержанию не соответствуют требованиям действующего законодательства»[61]. Более надуманного «обоснования» вывода трудно себе представить.

Одаряемая В. обратилась в суд с иском к регистрирующему органу о признании отказа в государственной регистрации договора дарения и перехода права собственности незаконным и обязании ответчика зарегистрировать сделку и переход права собственности.

Удовлетворив исковые требования истицы, районный суд в обоснование решения указал: сторонами сделки были выполнены все действия и представлены необходимые документы для проведения регистрации. Факт смерти И. до внесения записи в ЕГРП и совершения надписей на правоустанавливающих документах сам по себе не может служить основанием к отказу в государственной регистрации, поскольку даритель выразил при жизни волю на дарение принадлежащей ему квартиры и уполномочил представителя зарегистрировать договор дарения и переход права собственности в учреждении юстиции. Суд сослался также на известное постановление Пленума Верховного Суда РФ № 8 от 24 августа 1993 г. «О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», в котором даны разъяснения относительно сделок приватизации, документальное оформление которых не было завершено до смерти лица, обратившегося с заявлением о приватизации жилого помещения.

Не согласившись с решением суда, регистрирующий орган подал кассационную жалобу, в которой просил отменить решение суда и отказать в удовлетворении исковых требований одаряемой.

Судебная коллегия по гражданским делам решение суда оставила без изменения, а кассационную жалобу – без удовлетворения, указав в обоснование своего определения, в частности, следующее.

Стороны не только выразили в договоре дарения согласованную волю на возникновение определенных ими правовых последствий, но и совершили все требуемые гражданским правом действия, в том чис-

[61] Кассационное определение судебной коллегии по гражданским делам Томского областного суда от 8 февраля 2005 г. Дело № 33-73/2005.

ле установленные нормами Закона о регистрации. Отказ от регистрации влечет правовые последствия, которых даритель не желал. Учитывая придаваемое гражданским законодательством РФ значение самостоятельности участников гражданского оборота, их воле в установлении и прекращении прав, частному интересу, следует прийти к выводу, что отказ в регистрации означает вмешательство регистрирующего органа в частные дела, выходящее за установленные законом пределы.

Наконец, следует привести еще один тезис кассационной инстанции в обоснование ее определения: «правовые последствия выраженной частным лицом воли не должны зависеть от случайного обстоятельства – совершены регистрационные действия при жизни лица, обратившегося в регистрирующий орган, либо к дате завершения регистрационных действий обратившегося в регистрирующий орган лица уже нет в живых»[62].

Содержащиеся в судебных актах суда первой и кассационной инстанций положения и их обоснование свидетельствуют о надлежащей оценке обстоятельств дела и правильном применении соответствующих правовых норм. В отсутствие в законодательстве каких-либо положений, непосредственно решающих проблему в приведенной ситуации, судебные инстанции оперируют общими положениями гражданского законодательства (п. 1, 2 ст. 1, п. 1 ст. 9, п. 2 ст. 209 ГК). Нельзя не обратить внимание и на отсутствие в аргументации отказа в регистрации сделки и перехода права указаний на конкретные нарушения Закона о регистрации. Основным мотивом отказа в регистрации явился факт смерти дарителя до истечения установленного предельного срока для регистрации. Между тем ст. 20 Закона о регистрации, устанавливающая исчерпывающий перечень оснований для отказа в государственной регистрации, не предусматривает смерть заявителя до завершения регистрации в качестве такого основания. И это понятно, принимая во внимание, что участие в регистрации подавшего заявление и все необходимые для регистрации документы, признанные регистрирующим органом соответствующими установленным требованиям, не требуется. Поэтому смерть заявителя не должна признаваться правопрепятствующим регистрации фактом. Все имеющие правовое значение действия совершены заявителем при жизни, а процедура регистрации не находится ни в какой связи с последующим прекращением его правоспособности.

[62] Там же.

Итак, отказ в регистрации при обстоятельствах, аналогичных имевшим место в приведенном примере, является незаконным. Заинтересованная сторона вправе его обжаловать в судебном порядке.

По-видимому, нельзя отрицать возможность случаев, когда участник сделки, требующей государственной регистрации, подписав ее, умирает до подачи заявления о регистрации. В этой ситуации решение проблемы должно быть иным. При этом следует иметь в виду, что сделка (правоустанавливающий документ) как основание для регистрации заключена. Однако в отсутствие заявления о регистрации последняя могла бы быть проведена только на основании судебного решения. Представляется обоснованным установление правила, предусматривающего, что в случае смерти участника сделки, требующей регистрации, до подачи заявления о регистрации суд по требованию заинтересованного лица принимает решение о регистрации. В этом случае регистрация сделки и (или) права проводится в соответствии с решением суда.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ЗНАЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО*

I. Вводные положения – II. Закон и государственная регистрация права – III. Значение государственной регистрации права – IV. Основание и способ приобретения вещного права на недвижимое имущество – V. Передача недвижимости и государственная регистрация вещного права – VI. Момент приобретения права собственности по договору на недвижимое имущество – VII. Прекращение правоспособности одной из сторон сделки и государственная регистрация права

I. Вводные положения

Проблемы правового регулирования оборота недвижимости можно отнести к числу активно обсуждаемых в последнее время в юридической литературе. И это понятно, учитывая, по крайней мере, два важных обстоятельства: новизну для современной России законодательства[1], регулирующего этот оборот, и установленный особый правовой режим объектов недвижимости, одной из важных составляющих которого является государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Среди вопросов этой проблематики, имеющих важное научное и практическое значение и остающихся дискуссионными, следует назвать такие, как правовая природа и

---

* Публикуется впервые. Предназначено для публикации в Ежегоднике гражданского права «Цивилистические исследования». Вып. IV / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. – *Прим. ред.*

[1] См.: Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (в дальнейшем – Закон о регистрации).

значение государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в механизме приобретения, ограничения, перехода, прекращения вещных прав на недвижимость. Некоторые из этих вопросов, в том числе и такие, которые не привлекли внимания исследователей, либо остающиеся дискуссионными, рассматриваются в настоящей статье.

Правильное определение основания и момента возникновения (приобретения), перехода[2] права на недвижимое имущество имеет многогранное значение. А так как по действующему законодательству такое возникновение (приобретение) или переход связываются с государственной регистрацией, здесь следует хотя бы кратко обозначить социальное и юридическое значение последней.

Государственная регистрация права призвана обеспечивать законность, цивилизованную стабильность оборота недвижимости, функционирование его на началах гласности, прозрачности, доступности для участников оборота информации о правообладателе на тот или иной объект недвижимости, гарантировать полную и достоверную информацию о недвижимом имуществе и уверенность участникам гражданского оборота в приобретении прав на недвижимое имущество без риска, что впоследствии отчуждатель может оказаться неуправомоченным лицом[3].

Юридическое значение государственной регистрации прав также многогранно: 1) ее проведением определяется исполнение обязанности перенесения на приобретателя титула как элемент обязательства продавца (иного отчуждателя) недвижимости (ст. 549 ГК); 2) с момента регистрации возникает (переходит) право собственности (п. 2 ст. 223, п. 2 ст. 8 ГК); 3) она является условием, необходимой предпосылкой перехода (возникновения), прекращения, изменения права на

---

[2] «Если отношение по данному объекту устанавливается впервые, писал Г. Ф. Шершеневич, то это будет *возникновение права*, напр. создание художественного произведения, заключение займа. Если в существовавшем уже отношении право переходит к новому субъекту, то это будет *переход права*, напр. покупка дома, приобретение векселя» (*Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. 6-е изд. СПб., 1907. С. 74. Кстати заметить, что в ст. 131 ГК РФ, в абз. 1 п. 1 ст. 2 Закона о регистрации употребляются понятия как «возникновение», так и «переход» права собственности.

О переходе права собственности от одного лица к другому можно говорить при условии, что приобретение является производным, имеет место правопреемство, а при отсутствии этого условия нет и перехода, а имеется прекращение права собственности у одного и возникновение у другого, например приобретение имущества от неуправомоченного лица при наличии условий, указанных в ст. 302 ГК.

[3] См.: *Базанов И. А.* Вотчинный режим в России. Его происхождение, современное состояние и проекты реформы. Томск, 1916. С. 247.

недвижимость[4]; 4) является единственным доказательством существования зарегистрированного права, которое может быть оспорено только в судебном порядке (абз. 2 п. 1 ст. 2 Закона о регистрации); 5) с регистрацией связывается определение, какая сторона несет риск случайной гибели (повреждения) объекта, если стороны в отступление от диспозитивной нормы п. 1 ст. 459 ГК установили, что риск несет собственник; 6) определяется, кредиторы какой из сторон сделки вправе обращать взыскание на объект отчуждения по долгам, в том числе в случае банкротства; 7) является презумптивным фактом, с которым связывается презумпция существования зарегистрированного права, его достоверности[5].

II. Закон и государственная регистрация права

К сожалению, ни действующее законодательство РФ, регулирующее отношения, связанные с оборотом недвижимости (п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 223, ст. 131 ГК, ст. 2 Закона о государственной регистрации), ни современная российская цивилистическая доктрина, ни правоприменительная практика не позволяют дать однозначный ответ на

[4] См., например, постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2001 г. № 193/01 (Хозяйство и право. 2002. № 3. С. 125 сл.); от 17 апр. 2001 г. № 8769/00 (там же. С. 128); от 21 сент. 2004 г. № 6518/04 (Вестник ВАС РФ. 2005. № 1. С. 40–43).

[5] В отличие от законодательства некоторых зарубежных государств, устанавливающих законную презумпцию принадлежности зарегистрированного в поземельной книге права указанному в ней лицу (§ 891 ГГУ), презумпцию правильности внесенных в крепостную книгу записей о праве (ст. 56 Закона о вещном праве Эстонии от 9 июня 1993 г.), ни в ГК РФ, ни в Законе о регистрации аналогичного положения не содержится.

Тем не менее нашедший широкую поддержку в юридической литературе вывод о том, что ст. 2 Закона о регистрации, признающая регистрацию права единственным доказательством существования зарегистрированного права, которое, однако, может быть оспорено в судебном порядке, означает не что иное, как установление презумпции действительности зарегистрированного права (см.: *Эрделевский А. М.* Комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». М., 1999. С. 7; *Козлова Е. Б.* Правовые проблемы осуществления государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Вестник ВАС РФ. 2003. № 1. С. 113; *Петров Е. Ю.* К вопросу о публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научных трудов. М.: Статут, 2001. С. 225, 227; *Писков И. П.* Границы действия принципа обязательного внесения // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научных трудов. Вып. 2. М.: Статут, 2002. С. 260; *Чубаров В. В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. М.: Статут, 2006. С. 316; *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Защита права собственника недвижимости и стабилизация положения ее приобретателя: влияние регистрации // Вестник ВАС РФ. 2007. № 1. С. 19).

Запись о праве в ЕГРП, основывающаяся на предусмотренных правоустанавливающих фактах (закрепленных в соответствующих документах), создает высокую степень вероятности достоверности ее соответствия действительности, однако не признается бесспорным доказательством.

вопросы о правовой природе и значении государственной регистрации права на недвижимое имущество и ее соотношении с отчуждательной сделкой.

Обратимся сначала к соответствующим нормам Гражданского кодекса РФ и Закону о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Содержащиеся в п. 1 ст. 131, п. 2 ст. 223, п. 1 ст. 551 ГК, в абз. 2 п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 16 Закона о регистрации формулировки существенно различаются между собой. Так, согласно п. 1 ст. 131 ГК и п. 1 ст. 4 Закона о государственной регистрации подлежат регистрации: право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение. В п. 1 ст. 16 Закона о регистрации также говорится о регистрации *прав*. Эти формулировки позволяют считать, что регистрации подлежит наряду с возникновением также и существующее право, а регистрация перехода права может быть истолкована в том смысле, что подлежит регистрации право, которое переходит к другому лицу[6].

Не отличается необходимой ясностью и формулировка абз. 1 п. 2 ст. 223 ГК: когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом. *Буквальное* прочтение этой нормы не дает ответа на вопрос о том, что́ подлежит регистрации. Только толкование ее в системе с правилами п. 2 ст. 8 и ст. 131 ГК позволяет получить ответ.

Что же касается указания в п. 2 ст. 223 (как, впрочем, и в п. 1) о *возникновении* права собственности с момента передачи вещи и, соответственно, с момента государственной регистрации, то, если следовать Г. Ф. Шершеневичу (см. выше, сн. 2), который различал понятия «переход» и «возникновение» права, в целях точности формулировку «возникает» желательно изменить, имея в виду, что в этой статье говорится о приобретении права на основании договора, т. е. в порядке производного приобретения права[7]. Кстати подчеркнуть, что согласно

---

[6] Критические замечания в адрес действующих законоположений о регистрации прав на недвижимое имущество см., в частности: *Бевзенко Р. С.* Юридическое значение акта государственной регистрации права на недвижимое имущество // Законодательство. 2004. № 9. С. 34 слл.

[7] Формулировка п. 2 ст. 8 ГК о *возникновении*, а не о *переходе* права на имущество с момента государственной регистрации оправданна, так как ею охватывается как первоначальное (применительно к которому нельзя говорить: «право переходит»), так и производное приобретение прав на имущество. Вид права в п. 2 ст. 8 не конкретизируется, следовательно, можно обоснованно считать, что имеется в виду не только право собственности, но и другие вещные права. Это по-

п. 1 ст. 564 ГК (озаглавленной «Переход права собственности на предприятие») *право собственности* на предприятие *переходит* к покупателю с момента государственной регистрации[8]. Трудно объяснить различия в формулировках одной и той же юридической конструкции, содержащихся в ст. 551 и ст. 564 ГК.

Итак, Гражданский кодекс не содержит единообразных формулировок, позволяющих однозначно определить объект и значение государственной регистрации права на недвижимое имущество.

Очевидные преимущества в формулировании объекта регистрации имеет редакция ст. 837 проекта Гражданского уложения Российской империи: «Право собственности на недвижимое имение, в случае продажи, дарения, выдела, наделения приданым, мировой сделки и вообще во всех случаях добровольного отчуждения, переходит к приобретателю со времени внесения его в вотчинную книгу». Этой статье предшествовала ст. 742, содержавшая общее правило о правах на недвижимое имущество: «Вотчинные права на недвижимые имения вносятся в вотчинные книги».

Как видно, согласно этим положениям, в вотчинную книгу вносится *право*, а не переход права, а основанием перехода признаются продажа, дарение и др.

На мой взгляд, желательно изменить редакцию ст. 551 ГК, восприняв формулировки ст. 742 и 837 Проекта. Можно предложить следующую редакцию п. 1 ст. 551 ГК: «Право собственности на недвижимое имущество переходит к покупателю со времени государственной регистрации этого права и признается принадлежащим покупателю с момента такой регистрации».

Предлагаемая редакция обладает следующими преимуществами по сравнению с действующей редакцией: 1) в ней отсутствует указание «подлежит государственной регистрации», которое может быть понято как предписание, устанавливающее обязанность сторон регистрировать право, каковой на самом деле не существует[9]; 2) отсутствует указа-

---

ложение получило подтверждение в п. 3 постановления Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2001 г. № 16-П по делу о проверке конституционности части второй ст. 16 Закона города Москвы «Об основах платного землепользования в городе Москве в связи с жалобой гражданки Т. В. Близинской» // СПС «Гарант» 5.5.

[8] Формулировки п. 1 ст. 564 ГК и п. 2 ст. 223 по своему содержанию принципиально не различаются. В обеих статьях имеется в виду приобретение права в порядке правопреемства, перехода права от одного лица к другому, определение момента такого перехода права.

[9] Об этом см. далее. Действующая формулировка п. 1 ст. 551 ГК критикуется Р. С. Бевзенко: «Включение перехода права в число объектов регистрации... – отмечает автор, – не имеет смысла, так как тот же правовой эффект достигается посредством регистрации возникновения и пре-

ние на переход права в качестве объекта регистрации; 3) определяется, с какого времени право переходит к покупателю и, наконец, 4) сближаются легальные формулировки, определяющие момент перехода права собственности на движимые и недвижимые вещи – передача вещи и государственная регистрация права соответственно.

III. Значение государственной регистрации права

В юридической литературе также нет единства мнений о значении государственной регистрации права на недвижимое имущество, о ее соотношении с отчуждательной гражданско-правовой сделкой, а также о роли каждого из этих юридических фактов, что во многом объясняется различиями в формулировании одной и той же категории в законе. От подхода к решению этой проблемы зависит установление состава юридических фактов, определяющих динамику прав на недвижимое имущество и основания[10].

Различные мнения по этому поводу могут быть объединены в две основные группы.

По мнению одних, государственная регистрация права на недвижимость является актом признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения права на недвижимое имущество. Акт регистрации является единственным доказательством существования зарегистрированного права[11].

кращения права» (*Бевзенко Р. С.* Указ. соч. С. 33). Однако дело не в отсутствии смысла регистрации перехода права, а в том, что *переход* права не может быть объектом регистрации и фактически им не является: регистрируется право приобретателя.

[10] Под основанием динамики правоотношений следует понимать обстоятельства, обусловливающие в соответствии с нормами объективного права наступление правовых последствий в сфере общественных отношений – возникновение, изменение, прекращение правовых связей между субъектами права. В литературе встречаются и иные дефиниции этого понятия. Так, по мнению Л. В. Санниковой, под основаниями приобретения права собственности следует понимать указанные в законе *юридические действия* или события, в отличие от способа приобретения, понимаемого автором как *фактические действия* (см.: *Санникова Л. В.* Основания и способы приобретения права собственности // Юридический мир. 2002. Апрель. С. 31). Признание критерием разграничения основания и способа приобретения права собственности характера действий – юридические или фактические – вызывает возражения. Так, например, создание объекта недвижимости для себя (фактическое действие) в соответствии с п. 1 ст. 218 ГК является основанием, а государственная регистрация права (юридическое действие) – способом приобретения права собственности (ст. 219 ГК).

[11] См.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Т. 1. М., 1998. С. 304; то же. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 1. М., 2004. С. 404 (автор – *Е. А. Суханов*); *Жариков Ю. Г., Масевич М. Г.* Недвижимое имущество: правовое регулирование. 1997. С. 7; *Крылов С.* Регистрация прав на недвижимость: понятие и проблемы // Российская юстиция. 1997. № 10.

Это положение, повторяющее формулировку п. 1 ст. 2 Закона о регистрации, определяет не столько материально-правовое, сколько процессуальное значение регистрации права.

Согласно другой точке зрения, регистрация права на недвижимость имеет правообразующее значение, с нею связывается установление, изменение или прекращение права[12].

Признание государственной регистрации права на недвижимое имущество правоустанавливающим, правообразующим юридическим фактом не опирается на какие-либо легальные установления, не соответствует ни Гражданскому кодексу, ни специальному законодательству о недвижимости. В последнем имеется ряд положений, которым такой вывод о значении регистрации права прямо противоречит (п. 1 ст. 17, п. 1, абз. 1 п. 5 ст. 18, п. 1 ст. 28 Закона о регистрации, п. 77, 79 Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним). Не подтверждается он и практикой Конституционного Суда РФ[13].

С. 37; *Шейнин Л. Б.* Государственная регистрация недвижимости: создает право или подтверждает его? // Журнал российского права. 2004. № 10 (СПС «Гарант» 5.5); *Брагинский М. И.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Право и экономика. 1997. № 19-20. С. 38; *Моргунов С.* Соотношение виндикации и регистрации как способов защиты имущественных гражданских прав // Хозяйство и право. 2005. № 5. С. 55; *он же.* Виндикация в гражданском праве. М.: Статут, 2006. С. 211; *Иванов А. А.* Изменения в законодательстве о регистрации прав на недвижимость // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научных трудов. Вып. 4. М.: Статут, 2005. С. 216.

[12] См.: Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: Комментарий / Под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 40, 43 (автор комментария к ст. 2 – *В. В. Чубаров*); *Чубаров В. В.* Вопросы государственной регистрации права на недвижимое имущество и сделок с ним // Проблемы современного гражданского права / Отв. ред. В. А. Литовкин, В. А. Рахмилович. М., 2000. С. 157; *он же.* Проблемы правового регулирования недвижимости. С. 311 (вместе с тем на с. 319 автор говорит о регистрации права как «инструменте укрепления вещных прав», что не равнозначно признанию правообразующего значения регистрации); *Невзгодина Е. Л.* Сделки с недвижимостью. Омск, 2003. С. 48; *Крашенинников П. В.* Жилищное право. М.: Статут, 2003. С. 33; *Петров Е. Ю.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним в гражданском обороте недвижимости: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 7; *он же.* Конструирование правил оборота недвижимости. Принцип внесения прав на недвижимое имущество // Цивилистические записки. Межвуз. сб. научн. трудов. Вып. 3: К 80-летию С. С. Алексеева. М.: Статут, 2004. С. 453; *Волынцева А. В.* Актуальные гражданско-правовые проблемы государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с ней: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 7, 19; Гражданский кодекс Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. М., 1996. С. 227 (автор комментария к ст. 131 – *В. П. Мозолин*).

[13] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 14 янв. 2003 г. № 20-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса администрации Ивановской области о проверке конституционности отдельных положений статей 9, 10, 15 Федерального закона "О государственной регистрации

Придание акту государственной регистрации права значения правоустанавливающего юридического факта означает по существу признание, что право собственности на недвижимое имущество возникает в силу, на основании акта регистрации, что противоречит ст. 17 Закона о регистрации («Основания для государственной регистрации»). Согласно этой статье, основаниями для государственной регистрации наличия, возникновения, прекращения, перехода, ограничения (обременения) прав на недвижимость и сделок с ней являются называемые в перечне правоустанавливающие юридические факты, в частности договоры и другие сделки в отношении недвижимого имущества, совершенные в соответствии с законодательством, действовавшим в месте расположения объектов недвижимого имущества на момент совершения сделки.

Если считать, что акта регистрации вне связи с основанием приобретения права достаточно для перехода права, исключается, в частности, возможность идентификации регистрируемого права. Именно основанием определяется конкретное регистрируемое право – право собственности или иное вещное право[14].

Юридические факты, как известно, являются таковыми в силу того, что они предусмотрены нормами права, а правовые последствия, установленные последними, возникают с наступлением этих фактов. В качестве одного из видов юридических фактов по признаку вызываемых последствий выделяют правообразующие (или правопорождающие) юридические факты. «Под правопорождающим юридическим фактом, – писал О. А. Красавчиков, – принято понимать факты, с ко-

прав на недвижимое имущество и сделок с ним"» // СПС «Гарант» 5.5 (текст определения официально опубликован не был).

[14] Не придавали правопорождающего значения записке в вотчинную книгу (равной по значению государственной регистрации по современному законодательству РФ) ни дореволюционное отечественное законодательство, ни доктрина. «По общему правилу, – писал И. А. Базанов, – распоряжение вещным правом по сделкам между живыми получает *правовой эффект в момент* записки распоряжения в вотчинную книгу, все равно: – клонится ли распоряжение к установлению вещного права, отчуждению его, изменению или прекращению» (курсив мой. – *Б. Х.*) (*Базанов И. А.* Указ. соч. С. 260). Определяя юридическое значение вотчинной записки, ее влияние на вещные права по проектам Вотчинных уставов 1892 г. и 1907 г., автор, в частности, указывал: «*Вотчинная записка сама по себе не порождает права.* Для этого она должна иметь *правомерное материальное основание* в виде сделки, исполнительного листа, нормы права и т. п.» (курсив мой. – *Б. Х.*) (там же). Аналогичная мысль прослеживается и у другого известного русского цивилиста, В. И. Синайского: «По общему правилу, недвижимость не может быть приобретена иначе, как по крепостному акту... совершение крепостного акта предполагает какое-либо правовое *основание* приобретения права собственности на недвижимость, напр., продажу, мену, дарение и т. д.» (*Синайский В. И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 219).

торыми нормы права связывают возникновение конкретного права у определенного лица»[15].

Сторонники обсуждаемой точки зрения не ссылаются на правовые нормы, которые устанавливали бы, что права на недвижимость возникают *в силу, на основании* государственной регистрации. Не является такой нормой и указание в законе (п. 2 ст. 8, ст. 219, п. 2 ст. 223 ГК) на то, что право собственности на имущество, подлежащее государственной регистрации, *возникает с момента регистрации*. Его нельзя понимать в том смысле, что право возникает на основании акта регистрации, что последним устанавливается право, что акту регистрации придается правообразующее значение. Думается, что и отсутствие юридической возможности обладателя имущества легально осуществлять распорядительные действия при отсутствии регистрации права на данный объект само по себе не может быть использовано для обоснования правоустанавливающей природы государственной регистрации.

Авторы, утверждающие, что государственная регистрация является элементом сложного юридического состава, одновременно указывая, что с актом регистрации связывается «*установление, изменение* или *прекращение* гражданских прав на недвижимое имущество»[16] (курсив мой. – *Б. Х.*), по существу сводят на нет понятие и правовое значение юридического состава.

Эта точка зрения о значении государственной регистрации права сближается с позицией С. Ф. Кечекьяна, согласно которой наступление правовых последствий является результатом не накопления всего юридического состава, предусмотренного гипотезой правовой нормы, а лишь последнего юридического факта, завершающего юридический состав[17].

Нельзя отрицать относительную самостоятельность и правовое значение отдельных элементов фактического состава (части состава), возникновение с их наступлением определенных правовых последст-

---

[15] *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 88.

[16] *Петров Е. Ю.* Указ. автореф. С. 7.

[17] См.: *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М.: Изд-во АН СССР, 1958. С. 160 сл. «*...Не весь фактический состав, предусмотренный гипотезой правовой нормы, является юридическим фактом, а лишь определенная часть его*», – указывал автор (курсив автора. – *Б. Х.*) (там же. С. 161). Не соглашаясь с разграничением С. Ф. Кечекьяном фактического состава и юридического факта, Ю. К. Толстой пишет: «Ошибка С. Ф. Кечекьяна связана с недооценкой им значения юридических составов в образовании правоотношений» (*Толстой Ю. К.* К теории правоотношения. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. С. 16).

вий[18], однако эти последствия не тождественны последствиям, связываемым правовой нормой с накоплением всех элементов юридического состава.

Еще в шестидесятые годы прошлого столетия О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский писали: «...Все элементы юридического состава имеют одинаковое значение для возникновения правовых последствий...»[19]. Конструкция «сложный юридический (фактический) состав», с которым закон связывает определенные правовые последствия, исключает, как представляется, наступление *этих последствий* с выполнением *части* юридического состава.

«По общему правилу, – писал Ю. С. Гамбаров, – полнота рассчитанного юридического эффекта достигается по наступлении всех фактов, с которыми объективный правопорядок соединяет этот юридический эффект»[20]. Эту позицию разделял и М. М. Агарков в его классическом исследовании «Обязательство по советскому гражданскому праву» (1947 г.), указывая: «Определение того момента, когда обязательство возникает, требует полного установления фактического состава, вызывающего возникновение обязательства. В этот момент *должны быть налицо все факты*, необходимые для возникновения обязательства» (курсив мой. – *Б. Х.*)[21].

Признанием государственной регистрации права правоустанавливающим юридическим фактом искажается подлинная роль как акта регистрации, так и регистрирующих органов: косвенно они признаются, вопреки действующему законодательству (см. ст. 17 Закона о регистрации), правоустанавливающими органами, якобы обладающими правонаделительной компетенцией. Между тем они не обладают властью присваивать или лишать субъекта вещного права. Они могут (и

---

[18] См., напр.: *Иоффе О. С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву // *Иоффе О. С.* Гражданское право: Избранные труды. М.: Статут, 2000. С. 630; *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 300. Не бесспорно утверждение О. А. Красавчикова о том, что каждый из фактов, образующих юридический состав, становится юридическим фактом лишь при накоплении всего юридического состава. Его вывод о том, что «нельзя и говорить о юридических последствиях, наступающих якобы в связи с наличием одного или нескольких элементов незавершенного состава» (*Красавчиков О. А.* Указ. соч. С. 62), не может быть распространен на любые юридические составы, так как известны такие составы, отдельные факты которых автономно порождают определенные правовые последствия, отличающиеся, конечно, от тех, которые закон связывает с накоплением состава во всем объеме и содержании.

[19] *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 253, сн. 1.

[20] *Гамбаров Ю. С.* Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 645.

[21] *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М., 2002. С. 305. Из современных авторов см.: *Писков И. П.* Роль акта регистрации прав в механизме возникновения прав на недвижимость // Законодательство. 2002. № 8. С. 42.

обязаны), проверив и убедившись в полноте представленных правоустановительных документов и их законности, удостоверить, подтвердить возникающее с момента регистрации право, переход или прекращение права у определенного лица. Акт государственной регистрации как публично-правовой акт не является правосозидающим актом. Этим не умаляется его действительная роль. С государственной регистрацией связывается момент возникновения вещного права.

Определяя юридическую природу и функции регистрирующих органов, Конституционный суд РФ в упомянутом выше определении от 14 января 2003 г. № 20-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса администрации Ивановской области...» в частности указал: «...Это государственные органы, в сфере исполнительной власти субъекта Российской Федерации (в настоящее время – территориальные органы федерального органа исполнительной власти – Федеральной регистрационной службы. – *Б. Х.*), оказывающие по поручению государства специализированные административные услуги, т. е. осуществляющие публичные функции...»

Отчуждение / приобретение права собственности опосредуется главным образом правовой формой договора. Большинство договоров об отчуждении / приобретении движимых вещей и недвижимости сконструированы в ГК по модели консенсуальных договоров, которые порождают соответствующие обязательственные права требования и юридические обязанности. Заключив договор купли-продажи, мены, дарения, предусматривающего обязанность передачи имущества одаряемому, стороны выразили свою согласованную волю о переходе права собственности от отчуждателя к приобретателю. С этого момента на основании консенсуального договора возникают личное относительное право требования и соответствующая ему юридическая обязанность. Между тем договор об отчуждении недвижимости направлен на передачу приобретателю абсолютного права – права собственности; субъектами правоотношения собственности являются приобретатель, а также неограниченный круг так называемых третьих лиц, не только обязанных не нарушать право собственника, но и заинтересованных в информированности о динамике прав на недвижимость. Консенсуальный договор, не выполняющий функции перенесения на приобретателя права собственности, не влекущий сам по себе смену собственника недвижимого имущества, такую информированность (возможность получения информации) не обеспечивает.

Предельно четко проводил различие между требованием по поводу вещи и властью над ней К. П. Победоносцев: «*...Имея власть над вещью, я имею вещь приобретенную, я приобрел саму вещь; имея требование по поводу вещи, я имею только право на приобретение вещи. Первое есть осуществленное право на вещь, второе – осуществимое право на вещь*»[22] (курсив автора. – *Б. Х.*).

Договор является *основанием* производного правоприобретения, переход же права обусловлен совершением определенных действий: при отчуждении движимых вещей – традиции вещи, если иное не установлено законом или соглашением сторон; государственной регистрации права, если иное не установлено законом, – в случае отчуждения недвижимости. Обязательным условием осуществления регистрации является наличие материального основания – действительного договора, иной сделки, другого юридического факта – основания отчуждения объекта недвижимости[23]. Приобретение (переход) права на недвижимость обусловлен выполнением сложного юридического состава, элементами которого являются гражданско-правовая сделка (или иное основание) и публично-правовой акт – государственная регистрация права. Ни один из этих юридических фактов автономно не способен вызвать правовой эффект, на достижение которого направлена согласованная воля субъектов сделки, – приобретение права собственности (иного вещного права) на недвижимое имущество.

Указание в п. 2 ст. 551 ГК на то, что исполнение договора продажи недвижимости сторонами *до регистрации* перехода права собственности *не является основанием* для изменения их отношения с третьими лицами, на первый взгляд может быть истолковано *a contrario* таким образом, что регистрация якобы является таким основанием. На самом деле более адекватным представляется толкование, согласно которому таким основанием является договор продажи. В связи с этим интерес представляет толкование п. 2 ст. 551 ГК, соответ-

---

[22] *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Первая часть. Вотчинное право. М.: Статут, 2002. С. 83.

[23] По иску о признании недействительной государственной регистрации договора купли-продажи здания и свидетельства о государственной регистрации права собственности Президиум ВАС РФ, в частности, указал: «Поскольку ООО "МИБ-инвестиции" приобрело здание Дома культуры по ничтожной сделке, оно является *незаконным собственником*, не имеющим права распоряжения данным имуществом. Поэтому последующие сделки с указанным имуществом, заключенные между обществом и другими участниками, являются ничтожными, а покупатели – *незаконными собственниками*» (курсив мой. – *Б. Х.*) (Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 40–43). Вызывает недоумение формулировка «незаконный собственник», как будто бы собственник может быть незаконным. «Незаконный собственник» – это нонсенс.

ствующее его буквальной формулировке: «...В случае спора между контрагентами по исполненному договору суд будет рассматривать в качестве собственника в отношениях между ними лицо, приобретшее недвижимость, но не зарегистрировавшее свои права на нее...»[24]

Вызывает сомнение предложение «дополнить Закон о регистрации прав на недвижимость положениями, закрепляющими вторичность регистрации применительно к остальным юридическим фактам, входящим в основание приобретения права на недвижимое имущество»[25]. Включение в Закон о регистрации такого правила было бы излишним. И без того ясно, что государственная регистрация права без действительного материально-правового основания не может быть произведена, а если бы в нарушение закона она была осуществлена, зарегистрированное «право» могло бы быть оспорено, а соответствующая запись в ЕГРП аннулирована на основании судебного решения. Кроме того, поскольку предложившие это новшество О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе *основанием* возникновения, перехода, изменения, прекращения права собственности на недвижимость признают сложный юридический (фактический) состав, в который включают сделку и регистрацию (и даже заявление о регистрации)[26], то выделение в основании вторичных и первичных элементов лишено какого-либо значения.

Сложный фактический (юридический) состав представляет собой совокупность жизненных обстоятельств, с наступлением которых закон связывает возникновение, изменение, прекращение правоотношения, т. е. прав и обязанностей субъектов.

---

[24] *Козырь О. М.* Понятие недвижимого имущества в российском гражданском праве. Сделки с недвижимостью // Закон. 1999. № 4. С. 23.

[25] *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Указ. соч. С. 21. О вторичности регистрации говорит и С. В. Моргунов (см.: *Моргунов С. В.* Виндикация в гражданском праве. М.: Статут, 2006. С. 195).

[26] См.: *Ломидзе О., Ломидзе Э.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя // Вестник ВАС РФ. 2004. № 11. С. 151, 155, 157; *они же.* Распоряжение вещами: потенциал правового регулирования и приемы его реализации // Хозяйство и право. 2004. № 3. С. 56; *Ломидзе О. Г.* О правовой оценке договора, направленного на отчуждение имущества неуправомоченным лицом // Вестник ВАС РФ. 2007. № 5. С. 9. Следует заметить, что наряду с признанием сделки и регистрации сложным юридическим составом – *основанием* динамики права на недвижимость, эти авторы указывают, что Гражданский кодекс поставил «традицию и регистрацию на один уровень как *два разных способа перемещения титула*» (*Ломидзе О., Ломидзе Э.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 58).

IV. Основание и способ приобретения вещного права на недвижимое имущество

В механизме приобретения / отчуждения права собственности (иного вещного права) необходимо различать основание[27] и способ приобретения, выражающийся в действиях, с которыми связывается возникновение или переход права.

По прямому указанию закона основанием перехода права собственности на имущество от одного лица к другому являются сделки по отчуждению этого имущества – договоры купли-продажи, мены, дарения (п. 2 ст. 218 ГК). Эти положения относятся к приобретению как движимых вещей, так и недвижимости. С указанными в ст. 218 юридическими фактами *как правило* связывается возникновение обязательственного правоотношения, возникает требование об установлении права собственности (исключениями являются, например, реальный договор дарения – п. 1 ст. 572 ГК, реальные договоры ренты, займа – ст. 583, 807 ГК). Они же имеют значение *основания* возникновения, перехода вещного права, так как в них выражается согласованная воля, направленная не только на создание обязательственного правоотношения, но и на перенос титула, на передачу права. Для возникновения же перехода самого вещного права кроме юридических фактов-оснований требуется наступление новых юридических фактов, в частности, для динамики вещных прав на недвижимость – государственная регистрация права.

Как отмечается в «Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе» (далее – Концепция), «запись в ЕГРП *не является самостоятельным правовым основанием возникновения, изменения, прекращения права на недвижимое имущество, так как не порождает никаких гражданских прав и обязанностей в отношении недвижимого имущества.* Таким основанием является в каждом конкретном случае сделка, нормативный или ненормативный акт, судебный акт, юридический факт и др. Запись в ЕГРП... основывается на содержании правоустановительных документов»[28]. В Концепции верно указывается, что «Запись в ЕГРП не заменяет и не подменяет

[27] В толковом словаре В. Даля предлагается следующее толкование этого понятия: «Основанье, основа – все, на чем что-либо основано, поставлено, установлено или укреплено; что служит подошвой, стóялом, подножьем, фундаментом; опора, начало, причина» (*Даль В.* Толковый словарь живого великого русского языка. В 4 т. Т. 2. М., 1994. С. 1815).

[28] Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Под общ. ред. В. В. Витрянского, О. М. Козырь, А. А. Маковской. М., 2004. С. 63.

существующее гражданско-правовое основание возникновения, изменения, перехода, прекращения, обременения права; такая запись не является «новым основанием», в которое перерастает «первоначальное основание»[29].

Эти положения созвучны выводам Конституционного Суда РФ, хотя и сделанным по жалобе, связанной с регистрацией договора аренды недвижимости, но, как представляется, имеющим более широкое значение и подлежащим *mutatis mutandi* распространению на регистрацию прав на недвижимое имущество: «Государственная регистрация, – говорится в одном из определений КС РФ, – как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица, возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, – призвана лишь удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов»[30]. Из указаний Конституционного Суда следует, что основанием возникновения права является договор, что регистрация имеет значение удостоверяющего акта со стороны государства, не затрагивает самого содержания гражданского права, не подменяет собой *договор как основание* возникновения, изменения, прекращения права.

Правовая природа отчуждательной сделки и государственной регистрации права в их единстве определяется в юридической литературе неоднозначно. Так, по мнению О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе, сложный юридический состав (договор, иная сделка + передача недвижимости + государственная регистрация) выступает в качестве *основания динамики права* на недвижимое имущество. Основание отчуждения, согласно этой точке зрения, может состоять не из одного юридического факта, а из сложного состава юридических фактов и может быть сформировано в разное время[31].

Включение передачи вещи приобретателю в состав юридических фактов, образующих *основание* отчуждения (приобретения) вещного права, вызывает возражения. Во-первых, как указывается в п. 1 ст. 8 ГК, гражданские права и обязанности возникают на *основании* установленных действующим правопорядком юридических фактов. К

[29] Там же.

[30] Определение Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. № 132-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 1.

[31] См. *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 149.

их числу действующее законодательство передачу вещей не относит. Во-вторых, ст. 218 ГК («Основания приобретения права собственности») в п. 2, как уже отмечалось, называет *основаниями* приобретения другим лицом права собственности на имущество, которое имеет собственника, договоры купли-продажи, мены, дарения или иные сделки отчуждения этого имущества. Передача к последним не относится независимо от того, как трактовать правовую природу традиции. Итак, закон не включает в *основание приобретения права* собственности передачу вещи. Не удалось обосновать подобное включение передачи в *основание* приобретения права и О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе.

Отрицать значение передачи как юридического факта для приобретения вещного права, конечно, нельзя, не вступая в противоречие с правовой нормой п. 1 ст. 223 ГК. Однако роль традиции не в том, что она – элемент сложного фактического (юридического) состава как *основания* приобретения права собственности. На самом деле она имеет значение *способа* и определения момента производного правоприобретения[32].

Не останавливаясь на учении о сложных юридических составах как основаниях динамики правоотношений[33], отмечу, что договор об отчуждении недвижимости и регистрация, так же, как договор и традиция, не образуют сложного юридического состава как *основания* возникновения, перехода вещного права.

При отчуждении недвижимости закон (п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 223 ГК) связывает *момент перехода права* собственности (иного вещного права) от праводателя к приобретателю с государственной регистрацией. Однако отсюда не следует, что регистрация включается в юридический (фактический) состав, образующий *основание* перехода права к приобретателю. От основания приобретения надо отличать момент приобретения права. По содержанию и значению эти понятия различаются.

Против включения регистрации права в *основание перехода права* на недвижимость *наряду с юридическими фактами*, в действительности *выступающими в этом качестве*, говорит и Закон о регистрации. Статья 17 этого закона устанавливает закрытый перечень осно-

---

[32] Подробнее см.: *Хаскельберг Б. Л.* Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы) // Цивилистические исследования. Вып. II (2005) / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2006. С. 363 сл.

[33] Об этом см., в частности: *Иоффе О. С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. С. 630 слл., 642–648; *Толстой Ю. К.* Указ. соч. С. 16 сл.; *Красавчиков О. А.* Указ. соч. С. 53–75; *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. II. М., 1982. С. 178–187; *Халфина Р. О.* Указ. соч. С. 298–301.

ваний для государственной регистрации наличия, возникновения, прекращения, *перехода*, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Среди них названы договоры и другие сделки в отношении недвижимого имущества, совершенные в соответствии с законодательством. Если договоры и другие сделки признаются основаниями для регистрации права, то логично утверждение, что регистрация таким основанием не является и быть не может[34]. Ее осуществление возможно только при наличии и подтверждении *основания* возникновения вещного права и, следовательно, ее нельзя включать в основание этого права. С регистрацией связывается определение момента перехода права, и она является способом приобретения и закрепления права, официального признания государством возникновения, перехода, существования права, обеспечивающим его обладателю беспрепятственное осуществление правомочий как составляющих его право на недвижимое имущество.

В отечественной цивилистической доктрине проводилось достаточно четкое различие между основанием (*titulus adquirendi*) и способом (*modus adquirendi*) приобретения права собственности на движимые и недвижимые вещи.

Так, К. П. Победоносцев писал: «В старинном русском праве основание приобретения (недвижимой собственности. – *Б. Х.*) не смешивалось с самим приобретением или переходом имущества. Первому соответствовала *крепость* или акт, служивший основанием переходу; последнему соответствовала *дача* или вотчинная записка имущества за приобретателем»[35].

Ю. С. Гамбаров основанием приобретения права собственности, или титулом, признавал «совокупность фактов, на которых основано приобретение права»[36]. К основаниям относят завещание, куплю-продажу, дарение. Наряду с основанием, указывал автор, выделяют факты, составляющие самое приобретение – *modus adquirendi*. К этой группе относят традицию, запись в ипотечной книге[37].

---

[34] Из этого исходит и правоприменительная практика. Так, Президиум ВАС РФ в одном из постановлений, в частности, указал: «Договор от 04.11.1997 г. купли-продажи имущественного комплекса является единственным основанием перехода права собственности на него...», а так как этот договор признан незаключенным, то право собственности у Мосэнерго не возникло (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 дек. 2005 г. № 9939/05).

[35] *Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 330 сл.

[36] *Гамбаров Ю. С.* Указ. соч. С. 649.

[37] См. там же.

Различая титул и способ приобретения права собственности, С. И. Синайский указывал: «титул – это правооснование»[38]. Автор отмечал тесную связь между титулом и способом: «Способ приобретения права собственности основан обыкновенно на каком-либо титуле» – и далее делал вывод: «способ приобретения и правооснование или титул не одно и то же»[39].

Способы приобретения права собственности (однако не в смысле известной классификации на первоначальные и производные) наряду с основаниями выделяют также многие современные российские авторы[40].

Следует заметить, что терминологически способы приобретения прав в ГК не обозначены. Эта юридическая конструкция не является легальной, она создана цивилистической доктриной, что не умаляет ее практического значения.

---

[38] *Синайский В. И.* Русское гражданское право. Вып. 1: Общая часть. Вещное право. Авторское право. Изд-е 2-е, испр. и доп. Киев, 1917. С. 166. См. также: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. СПб., 1902. С. 294, 302; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. 6-е изд. СПб., 1907. С. 256.

[39] *Синайский В. И.* Русское гражданское право. Вып. 1. Киев, 1917. С. 166. Небезынтересно привести и следующее четкое суждение о способе приобретения права собственности. «Передача как способ приобретения движимой вещи, вообще аналогична с внесением в вотчинную книгу, как способом приобретения недвижимого имения...» (Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. [С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной Комиссии] / Под ред. И. М. Тютрюмова. Т. I. СПб., 1910. С. 605).

[40] См.: *Щенникова Л. В.* Вещные права в гражданском праве России: Учебное пособие. М., 1996. С. 27; Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 6-е изд. М., 2002. С. 415, 446 сл. (автор – *Ю. К. Толстой*); *Слыщенков В. А.* Передача (traditio) как способ приобретения права собственности // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М., 2002; *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 1997. С. 205; *он же.* О действительности продажи чужого имущества // Вестник ВАС РФ. 2003. № 9 С. 80; *Санникова Л. В.* Основания и способы приобретения права собственности // Юридический мир. 2002. № 3; *Чеговадзе Л.* Основания и способы приобретения гражданских прав // Хозяйство и право. 2006. № 7. Действия по выражению частной воли в виде «взаимообусловленного соглашения двух или более лиц, – указывает Л. Чеговадзе, – создают основание для приобретения права, а действия, "приводящие" субъекта к искомому правовому состоянию, являются способом его приобретения» (там же. С. 60). Следует согласиться с автором в том, что разграничение действий по приобретению субъективного гражданского права по их функциям на действия-основания и действия-способы, позволяет более глубоко понять гражданско-правовое значение «как самих действий, так и производимых ими правовых последствий и будет способствовать единообразию социально-правовой и правоприменительной практики, а в целом устойчивости всего гражданского оборота» (там же. С. 64).

Под способом[41] приобретения права собственности – *modus adquirendi* – следует понимать действия, причем не только физические, как полагают некоторые авторы[42], но и юридические, например государственная регистрация права, с которыми закон непосредственно связывает момент возникновения, перехода права от одного лица к другому. В случае, когда правовая норма, определяющая эти действия, является диспозитивной, они могут быть предусмотрены соглашением (см., например, п. 1 ст. 223 ГК).

Связь между основанием и способом приобретения субъективного гражданского права вообще и права собственности (иного вещного права) в частности, образующими сложный юридический состав, можно выразить в следующем:

1) основанием создается лишь возможность установления права, а реализация ее получает воплощение в соответствующем способе;

2) при отсутствии основания юридические факты-способы бессильны привести к приобретению права собственности, но и основания автономно до наступления указанных юридических фактов также не в состоянии привести к возникновению (переходу) права собственности.

Вызывают возражения следующие рассуждения и выводы О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе: так как отчуждатель обязан не только передать приобретателю недвижимую вещь, но и право на нее, а традиция сама по себе титула не переносит, для этого требуется государственная регистрация, осуществляемая регистрирующим органом, то «отчуждение только до определенного момента обеспечивается самими сторонами. Стороны не могут самостоятельно сформировать *основание отчуждения* имущества»[43] (курсив мой. – *Б. Х.*).

С этой точки зрения, в формировании основания отчуждения имущества, включающего не только договор, но и регистрацию, участие принимает орган исполнительной власти, осуществляющий регистрацию. Между тем, определяя юридическую природу и функции органов, осуществляющих государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, Конституционный Суд РФ в упомянутом ранее определении от 14 января 2003 г. № 20-О указывает: «это государственные органы в сфере исполнительной власти...

---

[41] В толковом словаре В. Даля дается следующее толкование этого понятия: «способ – образ, род, порядок действия, устройства, прием, средство» (*Даль В.* Указ. соч. Т. 4. М., 1994. С. 401).

[42] См., напр.: *Санникова Л. В.* Указ. соч. С. 31.

[43] *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 151.

оказывающие по поручению государства специализированные административные услуги, т. е. осуществляющие публичные функции...».

Регистрирующий орган актом регистрации не дополняет волю сторон договора на отчуждение (приобретение) имущества. Иное означало бы не предусмотренное законом и недопустимое вторжение государства в частные дела, противоречащее одному из важнейших постулатов, закрепленному в п. 2 ст. 1 ГК: граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей властью и в своем интересе.

Трудно согласиться и с утверждением о том, что и заявление о регистрации, в подаче которого обязан участвовать отчуждатель имущества, якобы «квалифицируется законодателем как обязательный элемент основания отчуждения недвижимости, заменить его можно только решением суда, вынесенным в порядке п. 3 статьи 551 ГК и п. 1 статьи 16 Закона»[44] (о регистрации. – *Б. Х.*). Заявление о государственной регистрации представляет собой акт осуществления сторонами признаваемого за ними законом субъективного права на регистрацию вещного права на недвижимое имущество. Это юридический факт, влекущий возникновение публичного правоотношения. Его содержанием является обязанность регистрирующего органа рассмотреть заявление вместе с представленными документами и в случае признания их после проведения правовой экспертизы соответствующими установленным требованиям, осуществить государственную регистрацию права и право заявителей требовать совершения указанных действий. В заявлении также окончательно выражается воля на переход права собственности, и если ни одна из сторон его не отзовет, отказ от отчуждения / приобретения права невозможен.

Законодатель не устанавливает *обязанности* праводателя и правоприобретателя перед государством регистрировать переход права. Ни ГК, ни Закон о регистрации такую обязанность не предусматривают[45]. Вывод о легальной обязанности сторон проводить регистрацию

---

[44] Там же. С. 152. Утверждение, что решение суда о регистрации заменяет заявление о регистрации, противоречит ст. 28 Закона о регистрации, распространяющей на регистрацию в соответствии с судебным решением общий порядок регистрации, т. е. заявительный, являющийся важным принципом российского законодательства о государственной регистрации права на недвижимое имущество и сделок с ним.

[45] Аналогично Л. Б. Шейнин (см.: *Шейнин Л. Б.* Указ. соч.). Действие принципа внесения для возникновения, перехода, изменения, прекращения права на недвижимое имущество (см. об этом: *Писков И. П.* Гражданско-правовой режим зданий и сооружений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 14 сл.) не равнозначно установлению законом *обязанности* правоприобретателя и праводателя регистрировать право.

нельзя сделать и из ст. 4 Закона о регистрации, несмотря на указание в заголовке ее об обязательности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним[46]. Возложение на стороны юридической обязанности регистрации несовместимо с действующей заявительной системой государственной регистрации (ст. 16 Закона о регистрации). Обязанность участия праводателя в регистрации производна от его обязанности передать приобретателю не только отчуждаемый объект, но и право собственности (иное вещное право) и является договорной обязанностью. У приобретателя же интерес в подаче заявления о регистрации обусловлен признанием законом регистрации единственным доказательством существования в лице определенного субъекта вещного права на конкретный объект недвижимости. В отсутствие такого доказательства правоприбретатель лишен юридической возможности легально осуществлять правомочие распоряжения объектом недвижимости[47].

---

[46] Нельзя не обратить внимание на то, что ни Кодекс, ни какой-то другой закон не устанавливают срок для регистрации. Если бы законодатель исходил из существования обязанности сторон по регистрации, он непременно установил бы и определенный срок подачи заявления о регистрации. Его отсутствие, на мой взгляд, нельзя признать пробелом законодательства.

[47] Высший Арбитражный Суд РФ в ряде своих постановлений исходит из решающего значения государственной регистрации права собственности на спорный объект недвижимости, а ее отсутствие признает исключающим право на удовлетворение требований, предъявляемых к приобретателю недвижимости. Так, по одному делу Президиум ВАС РФ указал: до момента регистрации перехода права собственности на указанный объект недвижимости кредиторы покупателя по договору купли-продажи не вправе были претендовать на удовлетворение своих требований за счет этого имущества, в том числе путем обращения на него взыскания судебным приставом-исполнителем в процессе исполнительного производства (см.: Постановление Президиума ВАС РФ № 6518/04 от 21 сент. 2004 г. // Вестник ВАС РФ. 2005. № 1. С. 40–43). В другом постановлении, опубликованном под названием «Право собственности на спорное здание возникает с момента регистрации указанного права, а не с момента внесения его в уставный капитал», указывается: поскольку на момент вынесения постановления о наложении ареста ООО не зарегистрировало право собственности на спорное помещение, его собственником была фабрика (см.: Постановление президиума ВАС РФ № 193/01 от 19 июня 2001 г. // Хозяйство и право. 2002. № 3. С. 125 сл.). Аналогичное значение государственной регистрации признано и по делу, в котором спор возник о прекращении права собственности. «При рассмотрении дела, – указал Президиум ВАС РФ, – суд не выяснил, было ли в установленном порядке зарегистрировано прекращение права собственности должника на спорное здание и была ли произведена государственная регистрация возникновения права собственности у кредитора на это здание» (см.: Постановление Президиума ВАС РФ № 8769/00 от 17 апреля 2001 г. // Хозяйство и право. 2002. № 3. С. 128).
Решающее значение регистрации права признают и суды общей юрисдикции. Так, по договору купли-продажи П. приобрел нежилое здание. Произведена его оплата и передача по акту приема-передачи. Однако регистрация перехода права собственности произведена не была. Затем это здание было выставлено на аукцион и по результатам торгов его купил В., заключив договор и впоследствии зарегистрировав право собственности. Поскольку В. был лишен возможности использовать здание, так как П. не освобождал его от находящихся в нем вещей, по иску В. к П. суд обязал последнего освободить помещение, отказав в удовлетворении его встречного иска о

Включение в *основание* отчуждения недвижимого имущества как заявления о регистрации, так и самой регистрации не находит подтверждения ни в ГК РФ, ни в Законе о регистрации. Этим не умаляется их юридическое значение.

Заявление о регистрации и сама регистрация права – действия, имеющие своим основанием обязательство, возникшее на основании договора, и необходимые для надлежащего исполнения договорного обязательства по отчуждению недвижимого имущества.

Отчуждательные договоры (иные сделки об отчуждении недвижимости), заявление о регистрации права можно охарактеризовать как юридические действия, вместе с передачей недвижимого имущества направленные на осуществление (реализацию) прав и обязанностей, возникших на основании договоров, а государственная регистрация права представляет собой способ перенесения титула на приобретателя, способ приобретения права собственности (иного вещного права). Кстати, и сами О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе признают регистрацию способом приобретения права, указывая: «Часть первая ГК РФ поставила традицию и регистрацию на один уровень, как два разных способа перенесения титула»[48].

Заявление о регистрации – действие во исполнение обязательства о передаче *в собственность* недвижимого имущества. Пока не состоялась регистрация права собственности, обязательство нельзя считать исполненным в полном объеме[49].

По существу заявление о регистрации, как и передача отчуждаемого объекта недвижимости, представляет собой элемент исполнения обязательства, в связи с чем некорректно действия по исполнению включать в основание отчуждения недвижимости. Итак, включение в основание отчуждения / приобретения вещных прав на недвижимость

признании недействительным заключенного В. договора купли-продажи и о вынесении решения о регистрации перехода права собственности на спорное здание на его имя. Кассационная инстанция в своем определении признала договор, заключенный В., соответствующим установленным требованиям, указав, что результаты торгов не оспорены, а в соответствии со ст. 2 Закона о регистрации государственная регистрация права является единственным доказательством существования зарегистрированного права. Доказательств, подтверждающих свое право собственности на спорный объект, П. не представил (Кассационное определение судебной коллегии по гражданским делам Томского областного суда от 16 марта 2004 г. по делу № 33-426).

[48] *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 153.

[49] Представляется неточным разъяснение Пленума ВАС РФ (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февр. 1998 г. № 8), согласно которому передача недвижимого имущества продавцом покупателю до регистрации перехода права собственности признается предметом исполненного продавцом обязательства (Постановления Пленума ВАС РФ 1992–2000 годы. М., 2001. С. 98).

как юридических фактов, действительно выступающих в этом качестве, так и заявления о регистрации и самой регистрации права нельзя признать соответствующим действительной роли этих юридических фактов в механизме приобретения прав на недвижимое имущество. В действительности, как представляется, этот механизм включает сделку (иной юридический факт, выполняющий соответствующую функцию) в качестве основания и государственную регистрацию как способ приобретения права собственности на недвижимое имущество[50].

Вызывает возражения точка зрения, согласно которой государственная регистрация перехода права собственности признается оформлением исполнения договорного обязательства. Так, В. С. Сарбаш, обсуждая вопрос об оформлении исполнения договорных обязательств, в частности указывает: «Помимо реальных действий по доставлению обязанным лицом должного совершаются действия по оформлению этих действий. Иногда это происходит в силу императивных предписаний закона (например, регистрация перехода права на недвижимость, выдача чека в розничной торговле, составление передаточного акта недвижимости)...»[51]. Как можно понять из контекста, имеются в виду действия по исполнению, а применительно к исполнению обязательств по отчуждению недвижимости, по-видимому, передача объекта. Но передача последнего не является по действующему законодательству обязательным условием регистрации. В связи с этим неясно, что́ оформляет регистрация, если она проводится до передачи. Однако основное возражение состоит в том, что признанием регистрации оформлением исполнения обязательства искажается ее подлинное значение в установленном режиме оборота недвижимости и ее роль в обеспечении охраны прав и законных интересов не только сторон отчуждательной сделки, но и иных участников имущественного оборота. Уравнивание по значимости чека в розничной торговле, передаточного акта и государственной регистрации перехода права собственности нельзя признать обоснованным.

---

[50] См. также: *Баранова Е. А.* Оборот недвижимости в российском и германском праве: сравнительное исследование: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 137.

[51] *Сарбаш В. С.* Исполнение договорного обязательства. М.: Статут, 2005. С. 85. См. также: *Астанина И. В.* Вопросы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета. Вып. 1. Красноярск, 2001. С. 206. Автор признает государственную регистрацию завершающим этапом «при оформлении прав на недвижимое имущество», не приводя при этом никаких аргументов и вообще каких-либо суждений.

Различные толкования норм ГК и Закона о государственной регистрации права на недвижимость можно было бы преодолеть, если принять формулировку Федерального закона РФ от 30 декабря 2004 г. № 217-ФЗ, дополнившего ст. 223 ГК новым абзацем о защите добросовестного приобретателя недвижимого имущества. Соответственно, п. 2 ст. 223 ГК можно было бы изложить в следующей редакции: «В случаях, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности признается принадлежащим приобретателю с момента такой регистрации, если иное не установлено законом». (Пункт 1 ст. 551 ГК можно было бы изложить в редакции, предложенной ранее.)

V. Передача недвижимости и государственная регистрация вещного права

Законодательство Российской Федерации различно определяет момент приобретения права собственности на основании отчуждательных договоров, требуя совершения соответствующих действий в зависимости от вида отчуждаемых вещей. При отчуждении недвижимости этим моментом признается государственная регистрация права приобретателя, если иное не установлено законом (п. 2 ст. 223 ГК); в случае отчуждения движимых вещей – передача (*traditio*), если иное не предусмотрено законом или договором (п. 1 ст. 223 ГК). Передача движимых вещей не требует специального оформления; достаточно согласованного взаимного волеизъявления передающей и принимающей стороны (традента и акципиента), получающего выражение в самом акте передачи.

При отчуждении недвижимого имущества законом установлены специальные требования не только к форме отчуждательной сделки (ст. 550 ГК) (в предусмотренных законом случаях – требование о ее государственной регистрации), но и к надлежащему оформлению передачи имущества во исполнение возникшего обязательства. Передача отчуждателем и принятие приобретателем объекта недвижимости осуществляется по подписанному сторонами передаточному акту или иному документу о передаче (п. 1 ст. 556 ГК).

Одна из основных обязанностей отчуждателя недвижимости – передача последней приобретателю (ст. 549 ГК). Обязательна ли по действующему законодательству традиция и достаточно ли представления подписанного сторонами передаточного акта для исполнения

другой основной обязанности отчуждателя – перенесения титула и следовательно, для государственной регистрации перехода вещного права?

В юридической литературе нет единства мнений по этим вопросам не только *de lege lata*, но и *de lege ferenda*. Прежде, однако, чем обратиться к их рассмотрению, необходимо выяснить, что следует понимать под передачей недвижимых вещей приобретателю и какими способами она может быть осуществлена.

Исполнение обязательства передать недвижимость по общему правилу предполагает совокупность действий участников гражданского правоотношения, включающую передачу объекта во владение приобретателя и подписание сторонами передаточного акта или иного документа о передаче.

Совершение этих действий во времени может не совпадать: не исключены случаи, когда совершается только одно из них – подписан передаточный акт, а фактически объект во владение приобретателя не передан или наоборот, объект передан, а передаточного акта стороны не подписали. В таких случаях могут возникать и возникают по крайней мере следующие вопросы, решение которых имеет принципиальное значение для защиты интересов как участников конкретного правоотношения, так и, в частности, их кредиторов: 1) что считать передачей недвижимости? 2) обязательна ли передача имущества приобретателю и представление передаточного акта для государственной регистрации перехода права собственности? 3) возможна ли государственная регистрация перехода права, если подписанный сторонами документ о передаче имущества представлен, но фактически имущество не передано во владение приобретателю? 4) возможна ли государственная регистрация перехода права, если имущество передано приобретателю, но передаточный акт не составлен?

В соответствии со ст. 549 ГК продавец обязуется *передать* покупателю недвижимое имущество в *собственность*[52]. Надлежащее исполнение обязательства продавца требует совершения двух действий[53],

[52] Эти обязанности возлагаются и на отчуждателей недвижимости по иным основаниям, кроме предусмотренных законом реальных договоров отчуждения (п. 1 ст. 572, п. 1 ст. 583 и ст. 584 ГК), признаваемых заключенными в момент передачи имущества.

[53] Трудно согласиться с суждением, что «главное обязательство по договору продажи недвижимости, связывающее стороны», заключается в необходимости совершения действий, направленных на государственную регистрацию перехода права собственности» (*Скворцов О. Ю.* Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 180). Думается, что выделение из двух обязательств продавца, указанных в ст. 549 ГК, главного и второстепенного

которые необходимо различать: они отличаются по своей правовой природе, содержанию, моменту совершения. Одно представляет собой частно-правовой волевой акт обеих сторон – передачу имущества; другие – публично-правовой акт – государственную регистрацию перехода права собственности (иного вещного права), с которым связывается момент перехода права собственности. Исполнение указанных обязанностей не только не совпадает во времени, но и влечет различные правовые последствия.

Исполнение обязательства продавца передать недвижимое имущество покупателю регламентируется специальными нормами ст. 556 ГК, а момент перехода права собственности на недвижимость определяется п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 223, ст. 131 ГК и Законом о регистрации.

Обязательство передать недвижимое имущество приобретателю признается исполненным при вручении его приобретателю и подписании сторонами передаточного акта или иного документа о передаче имущества, если иное не установлено законом или договором (п. 1 ст. 556 ГК РФ).

Указанные в ст. 556 действия различаются и по своему значению. Передача вещи во исполнение обязательства влечет возникновение титульного владения у приобретателя (акципиента) со всеми связанными с ним правовыми последствиями (ст. 305 ГК). Подписанный сторонами акт удостоверяет передачу имущества; как документ он представляет собой вид письменного доказательства. Как и любое иное доказательство, он выполняет функцию подтверждения указанных в нем действий; его нельзя признать соглашением[54] о переходе права собственности – как потому, что в законе такая его функция не закреплена, так и потому, что переход права собственности на недвижимое имущество не обусловлен обязательной передачей объекта приобретателю. Однако функция доказательства – не единственная функция передаточного акта. Так как в соответствии с законом обязанность передать недвижимость считается исполненной после *вруче-*

нельзя признать обоснованным. Неисполнение любого из них означает ненадлежащее исполнение обязательства.

[54] По-видимому, и Е. А. Баранова не признает передаточный акт сделкой, однако считает, что его практическое значение выражается в применении к нему «требований о действительности сделки и допущении представительства» // *Баранова Е. А.* Указ. соч. С. 129. Если передаточный акт не сделка, непонятно, почему к нему должны предъявляться требования о действительности сделок, а не требования, предъявляемые к письменным доказательствам? Об акте передачи имущества см. также: *Сарбаш С. В.* Указ. соч. С. 89.

ния и подписания передаточного акта, оба эти действия в совокупности имеют значение для признания отчуждателя исполнившим обязанность передачи объекта.

В отличие от ст. 458 ГК, предусматривающей три вида действий, с которыми связывается исполнение продавцом обязательства передать товар покупателю, и ст. 224 ГК, определяющей несколько способов передачи имущества, ст. 556 ГК устанавливает лишь один способ передачи недвижимости – вручение недвижимого имущества покупателю[55]. Некоторые способы передачи вещи, названные в п. 1 ст. 224 (помимо вручения и способа, указанного в п. 3), не могли бы быть использованы для передачи недвижимости уже вследствие специфики последней.

В связи с этим возникает вопрос, что́ считать передачей недвижимости – только вручение, как сказано в ст. 556 ГК, или же также передачу другими указанными в ст. 224 ГК способами с учетом, разумеется, специфики недвижимого имущества (см., в частности, п. 3 ст. 224). И другой вопрос: можно ли считать нормы ст. 224 ГК общими, действующими не только в случаях, когда законом или соглашением переход права собственности отнесен к моменту передачи вещи, но и в других случаях, когда с передачей имущества закон связывает другие правовые последствия, в частности признание соответствующей обязанности исполненной? Думается, что положительный ответ не должен вызывать сомнений.

Так, в ст. 556 ГК не предусмотрен способ передачи, указанный в п. 2 ст. 224 ГК: если к моменту заключения договора об отчуждении вещи она уже находится во владении приобретателя, вещь признается переданной ему с этого момента (так называемая *traditio brevi manu*). В ст. 224 ГК не назван такой не противоречащий закону способ, как *constitutum possessorium*[56]: отчужденная вещь остается у отчуждателя, на-

---

[55] Понятие и способы передачи вещи сформулированы в ст. 224 ГК. Ее функциональное назначение, принимая во внимание ее расположение в главе 14 Кодекса «Приобретение права собственности», связано с определением именно момента перехода права собственности от одного лица к другому на основании договора. Подробно о правовой природе и значении передачи см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 78–95; *Хаскельберг Б. Л.* К вопросу о правовой природе традиции // Сборник статей к 55-летию Евгения Алексеевича Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 120–136; *Тузов Д. О.* О правовой природе традиции // Там же. С. 57–84; *Грачев В. В.* Правовая природа традиции // Там же. С. 16–35.

[56] *Constitutum possessorium* – соглашение, по которому владелец *suo nomine* непосредственно, без *adprehensio* становится владельцем *alieno nomine* (см.: *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 88).

пример, на основании договора аренды или ссуды либо ином основании. Оба эти способа могут использоваться (и практически используются в хозяйственной практике). Представляется целесообразным и в этих случаях подписание передаточного акта. В соответствии с диспозитивной нормой ст. 556 ГК обязательство продавца признается исполненным после вручения имущества покупателю и подписания передаточного акта. Так как иные способы передачи, кроме вручения, в ней не упоминаются, то, естественно, не могло в ней содержаться и указания о подписании при их использовании передаточного акта. Однако передача имущества покупателю и этими способами представляет собой исполнение продавцом одноименной обязанности и в подтверждение этого факта целесообразно подписание передаточного акта.

Согласно ст. 224 ГК вручением считается фактическое поступление вещи во владение приобретателя или указанного им лица. Толкование понятия «вручить, вручать что кому, дать в руки»[57] исключает возможность практически использовать этот способ передачи недвижимости в буквальном смысле[58].

При отчуждении недвижимости она вообще не подвергается физическому перемещению, оставаясь там же, где она обычно используется. Происходит исключение объекта из хозяйственной сферы отчуждателя и его включение в хозяйственную сферу приобретателя[59].

Под передачей недвижимости, имея в виду и такие способы передачи, как *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium*, следует понимать поступление недвижимого имущества в хозяйственную сферу приобретателя, обеспечение ему *возможности* осуществления соответствующих правомочий, в частности правомочий собственника, иначе говоря, поступление объекта в хозяйственную власть, господство приобретателя[60]. Формально моментом передачи объекта счита-

---

[57] См.: *Даль В.* Указ. соч. Т. 1. М., 1994. С. 640.

[58] Так же: *Скворцов О. Ю.* Указ. соч. С. 190.

[59] См.: *Егоров Н. Д.* К вопросу о понятии обязательства // Сборник статей к 55-летию Евгения Алексеевича Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 45 сл. На специфику перехода права на недвижимость обращали внимание и дореволюционные цивилисты. Так, К. П. Победоносцев писал: «...Здесь затруднительно распознать по естественному признаку, что кончилось материальное обладание одного лица и началось материальное обладание другого лица: оттого у всех образованных народов признано было необходимым установить искусственные признаки для удостоверения перехода недвижимой собственности. С этой целью приобретение ее совершалось *публично*» (*Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 308).

[60] В ст. 1510 Свода законов гражданских Российской империи и в ст. 839 Проекта Гражданского уложения называется лишь один способ передачи вещи – вручение и указывается на поступле-

ется момент подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче, который может не совпадать с фактической передачей в обладание приобретателя.

Вернемся теперь к вопросу о значении передачи недвижимости для государственной регистрации права приобретателя.

По действующему российскому законодательству передача вещи не имеет для приобретения права собственности (иного вещного права) на недвижимое имущество при его отчуждении по договору того юридического значения, какое она имеет при договорном отчуждении движимых вещей: передача движимых вещей приобретателю – необходимая предпосылка, условие перехода права собственности; моментом передачи определяется и момент возникновения вещного права, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 1 ст. 223 ГК). Если отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом (абз. 1 п. 2 ст. 223 ГК). Аналогичное правило предусмотрено в п. 2 ст. 8 ГК.

Ни в п. 2 ст. 223, ни в ст. 556 ГК не установлена зависимость государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество от ее передачи приобретателю.

Передача имущества приобретателю в соответствии со ст. 556 ГК представляет собой исполнение одноименной обязанности продавца недвижимости. По отношению к установленному ст. 549 ГК требованию (передать недвижимое имущество в собственность) она не может оцениваться как исполнение продавцом обязательства, но должна признаваться лишь частичным исполнением, а потому не освобождает его от обязанности совершения действий, необходимых для исполнения обязательства в полном объеме. Статья 556 ГК регулирует исполнение обязательства передачи недвижимого имущества продавцом в обладание покупателя, определяет способ осуществления передачи, но не регулирует переход вещного права от продавца к покупателю. Необходимо, таким образом, различать действия по исполнению обязанности продавца, предусмотренной п. 1 ст. 556, и действия, необходимые для перенесения права собственности на покупателя, т. е. действия по государственной регистрации перехода права собствен-

ние ее иным путем в распоряжение (ст. 1510), а по ст. 839 – во владение приобретателя. Такое формулирование способов передачи имущества представляется предпочтительным.

ности (иного вещного права)[61]. Эти действия не только не совпадают во времени, но и характеризуются по действующему законодательству отсутствием между ними связи и зависимости.

Представляется бесспорным, что в действующем законодательстве РФ отсутствуют нормы, предусматривающие в качестве условия государственной регистрации перехода права собственности обязательную предшествующую ей передачу недвижимости приобретателю и осуществление государственной регистрации перехода вещного права на основании передаточного акта. Регистрирующий орган не вправе требовать при регистрации представления документа о передаче недвижимого имущества. Статья 17 Закона о регистрации устанавливает исчерпывающий перечень оснований для государственной регистрации наличия, возникновения, перехода, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Требование от заявителя дополнительных документов, не предусмотренных законом, не допускается. В указанном перечне нет указания на документы, подтверждающие передачу недвижимого имущества. Другое дело, если стороны своим соглашением установили в качестве одного из условий договора передачу объекта недвижимости приобретателю, предшествующую государственной регистрации перехода вещного права. В этом случае представление документа о передаче имущества для регистрации является обязательным и реально обеспечивается правомерным отказом заинтересованной стороны от подачи заявления о государственной регистрации, в связи с чем регистрация неосуществима (абз. 1 п. 1 ст. 16 Закона о регистрации).

Изложенная позиция о соотношении государственной регистрации перехода вещного права по договору и передачи недвижимого имущества является в современной юридической литературе господствующей[62], однако не единственной.

---

[61] Кассационная инстанция по одному делу верно указала: «Момент исполнения договора отличается от момента его заключения и регистрации перехода права собственности на недвижимость, поэтому аргумент заявителя жалобы о том, что регистрация перехода права собственности является составной частью процесса исполнения договора, следует считать несостоятельным» (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 15 дек. 2005 г. № А29-11117/2004-2э // СПС «Консультант-Плюс»).

[62] См.: Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 111 (автор – *Е. Ю. Валявина*); Концепция. С. 64; *Чубаров В. В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. С. 304, 307; *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 153; *Ломидзе О. Г.* Указ. соч. С. 9; *Богатырев Ф. О.* Публичная достоверность реестра прав на недвижимость и признание добросовестного приобретателя собственником // Законодательство.

Так, Л. Чеговадзе отмечает, что исполнение сделок по отчуждению имущества влечет прекращение права у отчуждателя и возникновение субъективного права собственности у приобретателя; однако моменты прекращения права собственности у отчуждателя и возникновения его у приобретателя «иногда совпадают, а при совершении сделок с недвижимостью *не совпадают*». По мнению автора, у продавца право прекращается в момент исполнения «обязанности по передаче имущества», а у приобретателя по договору право собственности возникает с момента государственной регистрации в соответствии с п. 2 ст. 223 ГК. «Нормативного свидетельства о том, что именно в этот момент, а не ранее прекращается право собственности отчуждателя, Гражданский кодекс РФ не содержит»[63].

С этой позицией нельзя согласиться. Отсутствие в законе указания, что у отчуждателя право прекращается в момент его возникновения у приобретателя, нельзя признать аргументом в пользу точки зрения Л. Чеговадзе. Но это не основное возражение. Разномоментное прекращение права собственности у одного и его возникновение у другого неизбежно означает существование имущества, которое временно никому не принадлежит. Такое положение абсолютно исключается. Кроме того, при обсуждаемом подходе окажется невозможным осуществление государственной регистрации перехода права собственности к приобретателю, так как утративший право собственности с момента исполнения обязательства передачи отчуждатель одновременно лишается обязанности подачи заявления о регистрации права, обязательного для проведения регистрации (ст. 16 Закона о регистрации). О. Г. Ломидзе и Э. Ю. Ломидзе верно подчеркивают, что в таком случае недвижимое имущество «зависает» на неопределенное время «без титула собственника, что не соответствует интересам оборота»[64].

Вызывает возражения также точка зрения, согласно которой регистрация перехода права собственности не может быть осуществлена без передачи недвижимости. В качестве обоснования указывается на

2004. № 4. С. 39; *Трещова Е. В.* Актуальные проблемы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Правоведение. 2004. № 2; *Петров Е. Ю.* Конструирование правил оборота недвижимости. Принцип внесения прав на недвижимое имущество // Цивилистические записки. Межвуз. сб. научных трудов. Вып. 3. М.: Статут, С. 455.

[63] *Чеговадзе Л.* О распоряжении вещным правом и его последствиях // Хозяйство и право. 2003. № 3. С. 107. См. также: *она же.* Структура и состояние гражданского правоотношения. М.: Статут, 2004. С. 297 сл.

[64] *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 152, сн. 15.

невозможность передачи одного только права собственности без передачи самой вещи, а также на то, что акт передачи недвижимости лежит в основании права собственности. До подписания документа о передаче вещи, пишет Е. Л. Невзгодина, «договор купли-продажи не может считаться исполненным, а *государственная регистрация перехода права собственности к покупателю не должна осуществляться*»[65] (курсив мой. – *Б. Х.*).

В данном подходе к решению вопроса о соотношении государственной регистрации права и передачи недвижимости допускается смешение действий, необходимых для исполнения обязательства продавца по передаче вещи (ст. 549, 556 ГК), и действий, необходимых для осуществления государственной регистрации. Положение, согласно которому право собственности как вещное право не может быть передано отдельно от вещи, противоречит как законодательству, так и доктрине и правоприменительной практике.

Передача недвижимости приобретателю представляет собой акт исполнения отчуждателем одноименной обязанности, но не является «актом, лежащим в основании права собственности». Таковым является договор купли-продажи или иной юридический факт – основание. Пожалуй, наиболее убедительным аргументом против критикуемого положения является действующая в некоторых правопорядках (Франция, Италия) консенсуальная модель перехода права собственности по договору, а также диспозитивность нормы п. 1 ст. 223 ГК, позволяющая соглашением изменить момент возникновения права собственности по договору, установить, что право собственности на индивидуально-определенную движимую вещь переходит к приобретателю с момента и в силу заключенного договора, и что не требуется ни передача вещи, ни какие-либо иные дополнительные факты.

В юридической литературе отмечается, что Гражданский кодекс РФ поставил государственную регистрацию перехода права собственности и традицию на один уровень как два разных способа перемещения титула, иначе говоря, два разных способа приобретения и соответственно прекращения права собственности, отличающихся по своему содержанию[66]; однако – добавлю от себя, – отличающихся не только по этому признаку, но и по последствиям. Передача движимой вещи во

---

[65] *Невзгодина Е. Л.* Указ. соч. С. 81 сл.

[66] См., напр.: *Витрянский В. В.* Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе // Хозяйство и право. 2003. № 6. С. 18; *Ломидзе О. Г., Ломидзе Э. Ю.* Формирование основания договорного отчуждения и значение causa как цели праводателя. С. 153.

исполнение обязательства в соответствии с его содержанием влечет его прекращение, между тем как государственная регистрация перехода права собственности на недвижимое имущество, которая по нашему действующему законодательству императивно не связывается с его фактической передачей, может не привести к такому правовому эффекту, и обязанность фактической передачи имущества, как и право требования традиции, сохраняется.

Такое положение, когда лицо становится собственником вещи, не владея ею фактически не вследствие его свободного волеизъявления на это, а в силу закона, в принципе возможно, так как допустимо разъединение владения и права собственности на вещь. Практически в большинстве случаев регистрируется право на *переданное* имущество, а право собственности по договору продажи предприятия по прямому указанию закона переходит к покупателю и подлежит государственной регистрации непосредственно после передачи его покупателю, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 564 ГК). Таким образом, значение передачи для регистрации права на предприятие и другое недвижимое имущество определяется по-разному. Особое правило, касающееся продажи предприятия, следует объяснить тем, что традиция данного объекта выполняет не только функцию исполнения обязательства продажи. С момента передачи на покупателя не только переходит риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного в составе предприятия (абз. 2 п. 2 ст. 563 ГК), что соответствует общей норме о переходе риска по договору купли-продажи (п. 1 ст. 459 ГК). С передачей предприятия покупателю закон связывает солидарную ответственность продавца и покупателя по долгам, включенным в состав переданного предприятия, которые были переведены на покупателя без согласия кредитора (п. 4 ст. 562 ГК). Кроме того, принимая во внимание, что предметом продажи является предприятие «на ходу», закон признает за покупателем (при условиях, указанных в п. 3 ст. 564 ГК) до перехода к нему права собственности права распоряжаться имуществом, включенным в состав предприятия в той мере, в какой это связано с целями приобретения предприятия.

Приобретатель недвижимого имущества, ставший собственником с момента регистрации права, до фактической передачи недвижимости в его обладание, не лишен правовой защиты, предусмотренной законом. Опираясь на ст. 463 и 398 ГК, он вправе требовать отобрания вещи у должника (например, у продавца) и передачи ее ему или, отказавшись от такого требования, потребовать возмещения

убытков. В этом случае притязание приобретателя – обязательственное (о надлежащем исполнении обязательства), а не виндикационное. Он также вправе виндицировать ее у второго недобросовестного (или безвозмездного) приобретателя.

Вызывает возражение предложение *de lege ferenda* о признании передачи недвижимой вещи во исполнение обязательства, возникшего на основании договора, имеющей правообразующее значение, предложение, согласно которому передача должна служить самостоятельным основанием для государственной регистрации прав на отчуждаемую недвижимость[67]: сам автор тут же указывает, что право на недвижимость «возникает только в силу государственной регистрации». Принятие этого предложения вступило бы в противоречие со статьей 17 Закона о регистрации и создавало бы непреодолимые трудности при определении вида регистрируемого права – права собственности или иного вещного права.

VI. Момент приобретения права собственности по договору на недвижимое имущество

Как уже отмечалось, государственная регистрация права собственности выполняет ряд функций, в том числе функцию определения момента возникновения права собственности (п. 2 ст. 8, ст. 219, п. 2 ст. 223 ГК). В связи с этим возникает вопрос о том, что́ признается моментом государственной регистрации, как последний определяется и тем самым как устанавливается момент возникновения, перехода права собственности на недвижимость, с которым закон связывает важные правовые последствия[68]. Он не привлек внимания исследователей правового регулирования оборота недвижимости, между тем как в принципе этот момент может быть определен и в различных правопорядках определяется неодинаково. Иллюстрацией этому может служить следующая ситуация: стороны заключили договор купли-продажи объекта недвижимости, совершили передачу и подписали передаточный акт, подали в регистрирующий орган заявление о регистрации и все необходимые документы, однако до истечения срока для регистрации объект случайно погиб. Установление, кто несет риск

[67] См.: *Скворцов О. Ю.* Указ. соч. С. 191.

[68] Определение момента и условий, при которых можно признать вещное право окончательно установленным, К. П. Победоносцев относил «к числу самых важных практических вопросов юридического быта» (*Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 306–307).

в указанной ситуации, зависит не только от того, как в законе решается вопрос о распределении риска между продавцом и покупателем, но и от того, как закон определяет момент регистрации перехода права собственности к покупателю и тем самым момент приобретения последним права собственности.

Согласно ст. 1112 ГК в состав наследства, определяемого на день открытия наследства, включаются вещи, принадлежавшие наследодателю на этот день. Поскольку право собственности на недвижимое имущество подлежит государственной регистрации, оно включается в наследство, если право наследодателя зарегистрировано в ЕГРП.

В отличие от ст. 224 ГК, которая в системе с п. 1 ст. 223 ГК точно определяет момент приобретения права собственности по договору на движимые вещи, ни п. 2 ст. 8, ст. 219, ни п. 2 ст. 223 ГК аналогичного решения в отношении недвижимости не содержат. Оно представлено в п. 3 ст. 2 Закона о государственной регистрации, согласно которому датой государственной регистрации права является *день* внесения соответствующих записей о праве в ЕГРП; этот день и является в соответствии с ГК днем возникновения права. В том же Законе в двух случаях говорится именно о моменте возникновения права, а не о моменте регистрации. В п. 7 ст. 16 указывается, что сделка считается заключенной, а правовые последствия – наступившими *со дня внесения записи о сделке или праве* в ЕГРП. Иначе говоря, право возникает со дня регистрации, а моментом регистрации в соответствии с п. 3 ст. 2 Закона о государственной регистрации является дата внесения записи в ЕГРП. В случаях, когда права на недвижимое имущество установлены судом, момент возникновения права определяется решением суда и в соответствии с ним регистрируется возникшее право. В этих случаях момент возникновения права не «привязан» к моменту регистрации, регистрируется уже возникшее право[69].

В принципе датой регистрации права на недвижимое имущество может быть признан день внесения соответствующих записей в ЕГРП или время подачи заявления о регистрации[70]. Определенный интерес

[69] Это не единственный случай несовпадения во времени моментов регистрации и возникновения права. См., например, п. 4 ст. 1152 ГК.

[70] По законодательству Республики Казахстан моментом регистрации признается момент подачи заявления о регистрации. С этого момента возникает право или обременение права (см. Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть): Комментарий (постатейный). В 2 кн. Кн. 1. 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики. Алматы, 2003. С. 408). В Законе Республики Казахстан от 26 июля 2007 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» установлено, что если в регистрации не будет отказано,

представляет вопрос, какое из двух возможных решений предпочтительнее и о целесообразности изменения правила п. 3 ст. 2 и п. 7 ст. 16 Закона о государственной регистрации. Практически этот вопрос возникает, а соответствующий подход к его решению приобретает значение в случаях конкуренции двух и более заявлений о регистрации права на один и тот же объект. Более обоснованным представляется признание моментом регистрации и, следовательно, моментом перехода права *время подачи заявления о регистрации*, а не день внесения записей о праве в ЕГРП, как установлено Законом о регистрации. При таком решении, по крайней мере, упрощается решение (не решенных в законодательстве о недвижимости и в правоприменительной практике) вопросов, возникающих в случае прекращения гражданской правоспособности смертью физического лица после подачи заявления, но до осуществления государственной регистрации права.

В связи с этим нельзя не обратить внимание на правила п. 5 и 6 ст. 16 Закона о государственной регистрации. В п. 5 читаем: «При получении правоустанавливающих документов на государственную регистрацию прав должностное лицо органа, осуществляющего государственную регистрацию прав, вносит соответствующую запись в книгу учета документов с *указанием* даты *и времени* получения таких документов с *точностью до минуты*». В п. 6 говорится, что в расписке в получении документов также указывается дата и время их представления с точностью до минуты. Возникает вопрос, какое практическое значение имеет указание в книге учета документов и в расписке об их получении не только даты, но и времени с точностью до минуты, если датой регистрации является *день* внесения соответствующих записей в ЕГРП? Следует заметить, что в первоначальной редакции п. 5 и 6 ст. 16 отсутствовало требование об указании времени представления документов с точностью до минуты. Изменения внесены Законом от 29 декабря 2004 г. № 196-ФЗ[71]. Точное до минуты указание времени может иметь значение в случае конкуренции нескольких заявлений о регистрации прав на один и тот же объект и действии принципа старшинства при внесении записи о праве в ЕГРП. Однако этот принцип не упоминается ни в Законе о государственной регистрации, ни в Пра-

моментом государственной регистрации признается момент подачи заявления (п. 1 ст. 7) (см.: *Ильясова К.* Новое законодательство РК о государственной регистрации прав на недвижимое имущество: анализ концептуальных положений // Гражданское законодательство. Вып. 29. Алматы: Раритет, 2007. С. 52).

[71] СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 22.

вилах ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, утвержденных постановлением Правительства РФ от 18 февраля 1998 г. № 219 с последующими изменениями.

Комментируя изменение п. 5 ст. 16 Закона, В. В. Чубаров предлагает в качестве критерия старшинства прав на недвижимость в случаях, когда на нее претендует несколько лиц, определить непосредственно в ГК РФ не момент передачи имущества одному из кредиторов (ст. 398 ГК), а момент подачи заявления в регистрирующий орган[72]. Это, очевидно, следует понимать так, что и государственная регистрация права должна осуществляться, в случае подачи двух и более заявлений о регистрации прав на один объект, по заявлению, поданному ранее других с точностью до минуты. По-видимому, соответствующее правило должно быть закреплено в Законе о регистрации. Однако пока проблема остается нерешенной.

В пользу изменения правила п. 3 ст. 2 и п. 7 ст. 16 Закона о регистрации можно привести следующие соображения.

После подачи в регистрирующий орган заявления о регистрации права вместе с соответствующими установленным требованиям документами никакие действия заявителя (заявителей) для регистрации не требуются и проведение регистрации от него (от них) не зависит.

Срок для проведения регистрации (п. 3 ст. 13 Закона о регистрации) как предельный для регистрирующего органа не обусловлен необходимостью определенного промежутка времени для возможного выявления обстоятельств, препятствующих регистрации. Месячный срок для осуществления регистрации нельзя признать безальтернативным. По-видимому, можно установить и более короткий или более длительный срок. При его определении учитываются, надо полагать, реальные возможности регистрирующих органов. Поэтому нет убедительных соображений в пользу признания моментом регистрации дня осуществления соответствующих записей, а не даты и времени подачи заявления о регистрации.

Изменение действующих норм, определяющих момент регистрации, и признание им дня и времени с точностью до минуты подачи заявления о регистрации, означало бы легальное введение фикции, т. е. признание обстоятельства существующим еще до того, как оно возникло.

При реализации Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе может быть предложен для обсуж-

[72] См.: *Чубаров В. В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. С. 327 сл.

дения и вопрос об изменении момента государственной регистрации права и, следовательно, момента возникновения вещного права на объекты недвижимости.

Особо следует остановиться на вопросе об определении момента перехода права собственности при мене недвижимости. Специальных норм на этот счет нет ни в Гражданском кодексе, ни в Законе о регистрации[73]. В юридической литературе высказывания по этому вопросу встречаются достаточно редко, к тому же они весьма кратки и не имеют какого-либо обоснования[74] (хотя вообще публикаций о договоре мены немало[75]), что, по-видимому, можно объяснить относительно ограниченной практикой обмена объектами недвижимости. Однако такие обмены имеются и, конечно, требуют обоснованного решения. Так, по делу, приведенному в «Обзоре практики разрешения споров, связанных с договором мены»[76], спор возник между арендодателем, получившим здание по договору мены, и арендатором, считавшим, что арендодатель не стал собственником здания и потому не может быть истцом по данным спорным правоотношениям.

Прежде всего надлежит отметить, что действующее законодательство РФ не запрещает мену недвижимостями, в отличие от гражданского законодательства дореволюционной России, запрещавшего в виде общего правила мену недвижимого имущества (см. ст. 1374 Свода законов

---

[73] Российское законодательство не является в этом отношении исключением. В законодательстве стран – бывших союзных республик также отсутствует специальное регулирование (например, в Обязательственно-правовом Законе Эстонии, Гражданском законе Латвийской республики 1937 г., введенном в действие с 1992 г.) или необходимая четкость. Так, по Гражданскому кодексу Республики Казахстан право собственности на обмениваемое недвижимое имущество переходит не в соответствии с общим правилом ст. 504 одновременно, а только с момента государственной регистрации (см.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть): Комментарий (постатейный). В 2 кн. Кн. 1. 2-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики. Алматы, 2003. С. 232). Из этой формулировки не совсем ясно: переходит ли право с момента его регистрации каждой стороной, или же при условии регистрации соответствующих прав обеими сторонами.

[74] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). 3-е изд. / Отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1999. С. 158 (автор комментария к ст. 570 – *О. Н. Садиков*); Гражданское право России. Обязательственное право. Курс лекций / Под общ. ред. О. Н. Садикова. М., 2004. С. 208 (автор – *Б. Я. Полонский*); Гражданское право: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. В 4 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. Т. III. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 411 (автор – *В. С. Ем*); *Гришаев С. П.* Договор мены недвижимого имущества // СПС «КонсультантПлюс». 2005.

[75] См., напр.: *Эрделевский А. М.* Договор мены в арбитражной практике // СПС «КонсультантПлюс». 2002; *Шулепова Т. И.* О разрешении споров, связанных с договором мены // Вестник ВАС РФ. 2002. № 7. С. 76–84; *Анохин В., Незнамова Е.* Договор мены: вопросы теории и практики рассмотрения споров // Хозяйство и право. 2002. № 10, 11.

[76] См.: Информационное письмо от 24 сент. 2002 г. № 69 // Вестник ВАС РФ. 2003. № 1. С. 80.

гражданских). Исключения составляли случаи, прямо указанные в законе. Цивилистическая доктрина, однако, признавала это запрещение необоснованным и не имеющим под собой никакой почвы[77]. В Проекте Гражданского уложения мена недвижимости не запрещалась (см. ст. 178).

Не запрещая мену недвижимого имущества, законодательство РФ, как отмечалось, не содержит специальных норм о такого рода сделках. Возникает вопрос: подлежат ли применению нормы гл. 31 ГК «Мена» при мене недвижимости? Так как в ней отсутствуют какие-либо указания о применении закрепленных в ней правил в зависимости от вида обмениваемого имущества, то, представляется, они должны применяться и к отношениям мены недвижимости. Однако возможность применения ст. 570 этой главы «Переход права собственности на обмениваемые товары» к мене недвижимости требует обсуждения, принимая при этом во внимание обусловленность перехода права собственности на недвижимое имущество государственной регистрацией, а также применение к отношениям мены соответствующих правил о купле-продаже (п. 2 ст. 567 ГК).

В прежних кодификациях гражданского законодательства отсутствовали специальные нормы о переходе права собственности при мене (см. ст. 206–207 ГК РСФСР 1922 г., ст. 255 ГК РСФСР 1964 г.); подлежали применению общие правила о моменте перехода права собственности по договору (ст. 66–67 ГК 1922 г., ст. 135–136 ГК 1964 г.). ГК РФ ввел специальное положение о переходе права собственности на обмениваемые товары (ст. 570). По общему правилу, право собственности переходит к сторонам одновременно после исполнения обязательств по передаче товара обеими сторонами. Законом или договором мены может быть установлено иное, например переход права раздельно в момент совершения стороной действий, к совершению которых закон приурочивает переход права собственности независимо от совершения аналогичных действий другой стороной. Правило ст. 570 представляет собой некоторое отступление от общих норм о моменте перехода права собственности к приобретателю по договору (ст. 223, 224 ГК): по договору мены сторона, которой передан товар, не приобретает права собственности, пока не передаст обмениваемый товар другой стороне[78]. Эти правила установлены в интересах

[77] См.: *Мейер Д. И.* Указ. соч. С. 456 сл.; *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 477; *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 369.

[78] См.: *Хохлов С. А.* Мена // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарий. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 100.

обеих сторон договора: в случае исполнения обязательств передать товар одной из них и непередачи товара другой, сторона, которой товар передан, ставшая собственником с момента передачи, могла бы им распоряжаться и «забыть», как пишет И. В. Елисеев, о своей обязанности передать товар[79]. Общее правило ст. 570 исключает такую ситуацию[80]. Хотя в ст. 570 нет указания о ее действии при обмене движимыми вещами, однако указание о передаче товара как моменте перехода права собственности позволяет сделать такой вывод. Переход права собственности на недвижимое имущество по договору не обусловлен передачей его приобретателю; оно переходит к приобретателю в момент регистрации, если иное не установлено законом. В связи с этим можно с полной уверенностью утверждать, что правила ст. 570 не распространяются на отношения мены недвижимости.

В одном из комментариев не без основания указывается, что случаем, когда ст. 570 ГК допускает установление законом и договором мены иных правил, является обмен недвижимого имущества, для перехода права собственности на которое требуется государственная регистрация права. «Поэтому при обмене недвижимости право собственности участников мены должно считаться возникшим не одновременно, а после выполнения каждой из сторон регистрационных процедур»[81]. Это положение в принципе нашло отражение в упомянутом Информационном письме от 24 сентября 2002 г. № 69.

Соглашаясь с выводом Информационного письма о переходе права собственности с момента регистрации каждой из сторон независимо от регистрации права другой стороной, нельзя согласиться с его

---

[79] См.: Гражданское право. Учебник. 4-е изд-е. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 2. М., 2003. С. 133.

[80] Поэтому едва ли убедительны сомнения в наличии серьезных оснований для отступления от ст. 223, 224 ГК (см.: *Эрделевский А. М.* Мена и бартер // СПС «КонсультантПлюс». 2001).

[81] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Отв. ред. О. Н. Садиков. С. 158. В работе С. П. Гришаева, посвященной договору мены недвижимости, вопрос о моменте перехода права собственности, к сожалению, подробно не рассматривается. В ней указывается: «Право собственности на недвижимость переходит к приобретателю с момента государственной регистрации... При этом государственная регистрация прав на недвижимое имущество, передаваемое сторонами по договору мены, *должна осуществляться одновременно*. Однако, если одна из сторон уклоняется от государственной регистрации перехода права собственности, она должна возместить другой стороне убытки, вызванные задержкой регистрации» (курсив мой. – *Б. Х.*) (*Гришаев С. П.* Указ. соч.). Неясно, что в данном случае следует понимать под уклонением одной из сторон от регистрации. Если уклоняющейся признается сторона, не зарегистрировавшая право, то она таковой в смысле п. 3 ст. 165 ГК не может быть признана, так как инициатива в проведении регистрации принадлежит ей, и если она не проявлена, то это не является основанием для возложения обязанности по возмещению убытков другой стороне, зарегистрировавшей право.

аргументацией. Представляется неверным утверждение о том, что нормы о моменте перехода права собственности на недвижимость – п. 2 ст. 223 и п. 1 ст. 551 ГК РФ – являются диспозитивными: по прямому указанию этих норм иное может быть установлено только законом, о чем сказано, кстати, и в «Обзоре». Правило ст. 570 действительно диспозитивное, но не должно применяться к отношениям мены недвижимости. Указание в «Обзоре» на две диспозитивные нормы, определяющие момент возникновения права собственности на недвижимость (п. 2 ст. 223, п. 1 ст. 551 и ст. 570 ГК), не соответствует Гражданскому кодексу.

Нормативное обоснование принципиального решения о переходе прав на обмениваемую недвижимость с момента государственной регистрации содержится в императивных правилах п. 2 ст. 223 и п. 1 ст. 551 ГК и следует из действующей презумпции достоверности записи в ЕГРП о праве собственности стороны договора мены, зарегистрировавшей право. Непризнание за последней права собственности противоречило бы действующему законодательству о недвижимости.

В обоснование сказанного можно привести следующие суждения. Приобретение права собственности одной стороной (с момента регистрации) не может оказать влияния на защиту интересов ее контрагента, не зарегистрировавшего право. Инициатива в подаче заявления о регистрации принадлежит последнему. Однако заявление о регистрации права каждой стороны должны подавать обе стороны договора мены, по существу выступающие (каждая) в качестве продавца и покупателя. В случае уклонения одной из сторон от регистрации, выразившегося в отказе от подачи совместно с другой стороной заявления о регистрации, отзыве заявления или иных действиях (бездействии), препятствующих регистрации права другой стороны, последняя вправе обратиться в суд с требованием о вынесении решения о регистрации перехода права собственности, а также о возмещении убытков, вызванных задержкой регистрации (п. 3 ст. 551 ГК, абз. 3 п. 1 ст. 16 Закона о регистрации).

VII. Прекращение правоспособности одной из сторон сделки и государственная регистрация права

В судебной практике нередко возникают ситуации, когда одна из сторон, заключивших договор об отчуждении недвижимого имущества,

умирает до его исполнения[82]. В связи с этим возникают вопросы как практического, так и научного характера. Представим себе следующие ситуации: 1) отчуждаемый объект не передан приобретателю, передаточный акт сторонами не подписан, необходимые для государственной регистрации перехода права документы (в том числе заявление о регистрации) в регистрирующий орган не поданы, иначе говоря, стороны не приступили к исполнению договора; 2) объект приобретателю фактически передан, передаточный акт сторонами подписан, заявление о регистрации и другие необходимые документы поданы в регистрирующий орган, однако до истечения установленного для регистрации права срока отчуждатель умер; 3) объект приобретателю фактически не передан, передаточный акт сторонами не подписан, на основании поданного сторонами заявления о регистрации договора и других необходимых документов проведена государственная регистрация перехода права собственности к приобретателю, смерть отчуждателя наступила после осуществления регистрации; 4) одна из сторон, заключивших договор об отчуждении недвижимости, умирает до подачи в регистрирующий орган заявления о регистрации перехода права собственности и других документов, хотя передаточный акт стороны подписали.

Во всех приведенных (и возможных иных) сочетаниях обстоятельств, могущих сопутствовать исполнению обязательств по передаче имущества в собственность на основании договора, возникает основной вопрос – о влиянии прекращения правоспособности физического лица смертью, наступившей после заключения договора, т. е. после волеизъявления об отчуждении и передаче недвижимого имущества в собственность. Ни в ГК, ни в Законе о регистрации не урегулированы отношения, возникающие в случаях прекращения правоспособности одной из сторон договора до завершения процесса его исполнения и регистрации перехода права к приобретателю.

В некоторых зарубежных правопорядках имеются специальные нормы, определяющие последствия смерти волеизъявителя после совершения волеизъявления. Так, в законодательстве Эстонии действует следующая норма: «На действительность волеизъявления не влияет смерть волеизъявителя или наступление у него после выражения воли ограниченной дееспособности, если иное не вытекает из закона»[83].

---

[82] См., напр.: *Васильев Д. С.* Вопросы рассмотрения дел по искам о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Российская юстиция. 2006. № 2. С. 11.

[83] Ст. 73 Закона Эстонии от 27 марта 2002 г. «Об общей части Гражданского кодекса».

Подобной нормы в российском законодательстве нет, не сложилась пока и стабильная судебная практика по этим делам.

Гипотетически могут быть предложены следующие решения: 1) осуществление регистрации права невозможно; 2) в порядке применения по аналогии ст. 165, 551 ГК РФ и абз. 3 п. 1 ст. 16 Закона о регистрации государственная регистрация «должна осуществляться на основании решения суда»[84]. В обоснование этого решения указывается, что правоотношения, возникающие в случае прекращения правоспособности до государственной регистрации, сходны с отношениями, возникающими, когда одна из сторон уклоняется от регистрации права[85]; 3) так как в связи со смертью физического лица открывается наследство (ст. 1113 ГК) и происходит универсальное правопреемство в имущественных и некоторых личных неимущественных правах и обязанностях наследодателя (ст. 1110, 1112 ГК), возможен переход прав и обязанностей по договорному обязательству отчуждения недвижимости, в том числе требования исполнения обязательства и государственной регистрации права собственности.

Отказ в осуществлении регистрации права в случае прекращения правоспособности одной из сторон договора не защищает право другой стороны, возникшее на основании действительного договора, и потому такая точка зрения представляется неприемлемой.

На мой взгляд, к отношениям, возникающим в связи с прекращением правоспособности *смертью физического лица*, неприменимы по аналогии нормы, регулирующие отношения, возникающие при уклонении одной из сторон от государственной регистрации права. Аналогия закона применяется, как следует из п. 1 ст. 6 ГК, при условии, что подлежащие урегулированию отношения сходны с отношениями, урегулированными гражданским законодательством. Как представляется, сходство между указанными отношениями лишь в том, что не осуществлена регистрация права. Но в одном случае одна из сторон сознательно блокирует возможность осуществления регистрации, а в другом – она при жизни свободно участвовала во всех действиях, необходимых для регистрации, или только в некоторых действиях либо только заключила договор, не успев принять участие в его исполнении и государственной регистрации перехода права.

---

[84] *Васильев Д. С.* Указ. соч. С. 11.

[85] См. там же. С. 11. Отметив неурегулированность порядка регистрации перехода права собственности на основании заявления одной из сторон сделки, не требующей нотариального удостоверения, в случае *ликвидации* второй стороны – юридического лица на момент подачи заявления о регистрации, Президиум ВАС РФ указал на применение по делу аналогии закона – правил ст. 165 и 551 ГК (см.: Постановление Президиума ВАС № 1069/03 от 27 мая 2003 г. // Вестник ВАС РФ. 2003. № 10. С. 23–26).

Возникающие в случае смерти физического лица общественные отношения регулируются нормами наследственного права, определяющими судьбу правоотношений, участником которых был умерший[86]. Однако в юридической литературе имеются прямо противоположные высказывания о невозможности в порядке наследования перехода права на регистрацию перехода права собственности.

Пожалуй, одним из первых, обративших внимание на проблему последствий прекращения правоспособности смертью физического лица до регистрации перехода права собственности вскоре после принятия Закона о государственной регистрации, был Г. В. Мищенко, который предпринял попытку обосновать, что в порядке наследования право на регистрацию сделки и права переходить не может[87].

Позиция, которую отстаивал Г. В. Мищенко и к которой присоединилась А. В. Волынцева, вызывает возражения. При этом необходимо внести ясность по вопросу, идет ли речь о регистрации права умершего лица или другой стороны сделки либо наследников. Дело в том, что Г. В. Мищенко[88], а вслед за ним А. В. Волынцева[89] говорят о регистрации *права «на имя умершего гражданина»*, между тем как об этом речи нет и быть не может: после смерти лица у него в принципе не могут возникать права; со смертью физического лица прекращается его правоспособность (п. 2 ст. 17 ГК) как необходимая предпосылка приобретения прав и обязанностей.

Обсуждая вопрос о юридической природе права на регистрацию права, является ли оно субъективным гражданским правом, способным переходить в порядке правопреемства к другим лицам, или, буду-

---

[86] Переход права на регистрацию к наследникам отчуждателя и приобретателя права на недвижимое имущество по сделке считает возможным И. Г. Пискунова (см.: *Пискунова М. Г.* Особенности возникновения прав на недвижимость и проблемы государственной регистрации // Правовое регулирование рынка недвижимости. 1999. № 1. С. 33; цит. по: *Волынцева А. В.* Указ. соч. С. 152).

[87] См.: *Мищенко Г.* Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и гражданское законодательство // Хозяйство и право. 1999. № 10. С. 37–40. Его позицию разделяет в своей кандидатской диссертации А. В. Волынцева (*Волынцева А. В.* Актуальные гражданско-правовые проблемы государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с ней: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003).

[88] См.: *Мищенко Г.* Указ. соч. С. 37.

[89] См.: *Волынцева А. В.* Актуальные гражданско-правовые проблемы государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с ней: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 150. Ссылаясь на ст. 1112 ГК, автор утверждает, что она позволяет «предположить, что после смерти гражданина не может быть осуществлена ни государственная регистрация его прав, ни государственная регистрация сделки, в которой он является одной из сторон, поскольку одним из условий действительности сделки является право- и дееспособность ее участников» (там же). В этом суждении упускается из виду очень важное обстоятельство, а именно: сделка была заключена при жизни обеих сторон, и об их право- и дееспособности вопрос не возникал.

чи неразрывно связано с личностью умершего, прекращается после смерти гражданина, Г. В. Мищенко приходил к выводу, что в регулируемых Законом о регистрации *административных* правоотношениях «права и обязанности неразрывно связаны с личностью и отсутствует правопреемство»[90]. Он указывал также, что правоотношение между регистрирующим органом и управомоченным[91] лицом по поводу регистрации права на недвижимое имущество и сделки с ним является неимущественным, между тем как «под наследованием в гражданском праве понимается переход имущества, принадлежащего умершему гражданину (наследодателю), к другим лицам (наследникам)»[92].

Право на регистрацию, по мнению Г. Мищенко, – элемент публичного правоотношения между регистрирующим органом, действующим от имени государства, которое возникает с подачей заявления о регистрации. С этим следует согласиться. Но если в публичном правоотношении с регистрирующим органом у заявителя имеется *право*, то неверно считать, что Законом о регистрации установлена *обязанность* претендующих на публичное признание за ними права на недвижимость *обратиться в регистрирующий орган с заявлением*, а последний обязан осуществить регистрацию[93]. Несоблюдение требований о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним является, по мнению того же автора, правонарушением, за которое установлена санкция в виде непризнания права на недвижимое имущество без регистрации[94].

Ни ГК, ни Закон о регистрации, ни какие-либо иные нормативные правовые акты, как уже отмечалось, не устанавливают юридической обязанности «претендующих на публичное признание за ними права на недвижимость» осуществлять государственную регистрацию

---

[90] *Мищенко Г.* Указ. соч. С. 38.

[91] Г. В. Мищенко полагал, что управомоченный является и обязанным лицом, что представляется неверным.

[92] *Мищенко Г.* Указ. соч. С. 40.

[93] См. там же. С. 39. Нельзя согласиться с выдвинутым Г. Мищенко положением о том, что обе стороны правоотношения являются обязанными и нет управомоченного. Не спасает положение и указание того же автора на то, что заявитель не только обязан, но и управомочен. Считает обязанностью сторон регистрировать право также Д. С. Васильев, указывающий: «Представляется неверным говорить о том, что государственная регистрация прав является только правом сторон договора, которое они осуществляют по своему усмотрению...» (*Васильев Д. С.* Указ. соч. С. 10). В обоснование приводится ссылка на ст. 4 Закона о регистрации. Эта статья, хотя и озаглавлена «Обязательность государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», устанавливает, что права *подлежат* регистрации, однако *обязанности сторон договора* не устанавливает. Если стороны обязаны, то кому принадлежит право требования представления заявления о регистрации? Сторонники критикуемой позиции не дают ответа на этот вопрос.

[94] См.: *Мищенко Г.* Указ. соч. С. 39.

права на недвижимое имущество. Государственная регистрация прав в принципе осуществляется только по свободной согласованной воле сторон (в том числе в случаях регистрации прав, установленных решением суда, осуществляемой на общих основаниях: п. 1 ст. 28 Закона о регистрации) и лишь по их инициативе[95].

На вопрос, подлежит ли собственник (арендатор или иной пользователь) привлечению к административной ответственности по статье 19.21 КоАП РФ за несоблюдение порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество в случае неосуществления им такой регистрации в установленный срок, Верховный Суд РФ разъяснил: «Регистрация права на недвижимое имущество осуществляется по инициативе уполномоченных лиц и носит заявительный характер. При этом... Законом (о регистрации. – *Б. Х.*) не установлен срок для подачи такого заявления... месячный срок... (для регистрации. – *Б. Х.*) установлен только для органа, осуществляющего регистрацию прав на недвижимое имущество... Из изложенного следует, что собственник (арендатор или иной пользователь) не может быть привлечен к административной ответственности по статье 19.21 КоАП РФ за несоблюдение порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в случае, если он не осуществил такую регистрацию в определенный срок»[96].

Государственные органы, осуществляющие государственную регистрацию, по справедливому указанию отдельных авторов, «вступают в регистрационные отношения не по своей воле, а в силу волеизъявления правообладателя»[97] и, конечно, возложенной на них обязанности. Правоприменительной практике неизвестно применение понуждения участников гражданского оборота к осуществлению регистрации пра-

---

[95] Статья 66 нового Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (Российская газета. 2007. 6 окт.), вступившего в действие с 1 февраля 2008 г., предоставляет судебным приставам-исполнителям право обращаться в регистрирующий орган для проведения в установленном порядке государственной регистрации права собственности должника на имущество, иного имущественного права, принадлежащего ему и подлежащего государственной регистрации, в целях последующего обращения взыскания на него. По закону «Об исполнительном производстве» от 21 июля 1997 г. судебные приставы-исполнители таким правом не обладали, и судебная практика не признавала за ними права обращения в суд с требованием о проведении регистрации права на недвижимость должника для последующего обращения взыскания (см., напр.: Постановление Президиума ВАС РФ от 21 сент. 2004 г. № 6518/04 // Вестник ВАС РФ. 2005. № 1. С. 40–43).

[96] См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2005 г. по гражданским делам, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 4, 11 и 18 мая 2005 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 10. С. 27.

[97] *Калинычева М. С.* Некоторые проблемные вопросы государственной регистрации прав на недвижимое имущество // Юстиция. 2007. № 4. С. 39.

ва. Действующая *заявительная* система государственной регистрации несовместима с возложением на «претендующих» обязанности по регистрации. Отсутствие юридической обязанности исключает правонарушение, нет правонарушения – нет и санкции[98].

С подачей заявления о регистрации возникает публичное правоотношение между заявителем (заявителями) и государственным исполнительным органом по регистрации, в котором у заявителя (заявителей) возникает право требования осуществления государственной регистрации. Ему корреспондирует обязанность регистрирующего органа осуществить регистрацию при условии соблюдения установленных законом требований.

Из обозначенных выше возможных и встречающихся в жизни ситуаций самой простой для определения правовых последствий является первая, в которой стороны, заключив договор об отчуждении недвижимого имущества, никаких действий по исполнению обязательств не совершили. В этом случае права и обязанности по заключенному договору подлежат включению в наследственную массу (ст. 1112 ГК) и переходят к наследнику (наследникам) умершей стороны договора.

Согласно ст. 1112 ГК в состав наследства наряду с принадлежавшими наследодателю вещами входит иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Из заключенного договора отчуждения недвижимости возникают предусмотренные ст. 549 и другими статьями ГК соответствующие права и обязанности, несомненно имущественного содержания. Законодатель не конкретизирует в ст. 1112 состав имущественных прав и обязанностей. Вместе с тем в абз. 3 этой статьи, других статьях ГК (например, п. 1 ст. 418, п. 2 ст. 418, п. 1 ст. 977, ст. 701, ст. 1002 ГК) и в иных законах установлены имущественные права и обязанности, которые не переходят в порядке универсального правопреемства. Среди них не названы права и обязанности, возникающие из заключенных действительных договоров об отчуждении имущества, включая недвижимость.

Специальные правила о наследовании, значение которых, на мой взгляд, выходит за пределы их прямой направленности, установлены Федеральным законом от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законода-

[98] См. подробнее: *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Изд-во МГУ, 1981. С. 23, 26; *Тузов Д. О.* Общие учения теории недействительности сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: Дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2006. § 8. С. 51. См. также: Государственная регистрация прав на недвижимость: теория и практика: Сб. статей. М., 2004. С. 291, 322 (автор – *М. Г. Пискунова*); *Петров Е. Ю.* Указ. автореф. С. 10.

тельные акты Российской Федерации»[99]. В случае смерти гражданина – участника долевого строительства, его права и обязанности по договору переходят к наследникам, если федеральным законом не предусмотрено иное. Имущественные права и обязанности дольщика, основанные на договоре, существующие на день открытия наследства (т. е. на день смерти), входят в состав наследства участника долевого строительства в соответствии с ГК (п. 7, 8 ст. 4). В комплекс прав и обязанностей участника долевого строительства, о которых говорит закон, как представляется, входит и право на регистрацию права собственности, которое у наследника возникает при тех же условиях, при которых возникло бы у наследодателя[100]. Правоустанавливающим документом в качестве основания для государственной регистрации вещного права является свидетельство о праве на наследство, в состав которого входят имущественные права и обязанности, основанные на договоре о долевом строительстве. Едва ли могут быть приведены убедительные возражения против включения в состав наследства имущественных прав и обязанностей, основанных на иных договорах в случае смерти одной из сторон договора.

Во второй ситуации (когда объект по передаточному акту передан приобретателю, сторонами подано заявление о регистрации, но до истечения установленного срока для регистрации отчуждатель умер) договор сторонами исполнен[101], не проведена лишь государственная регистрация права собственности на объект недвижимости. Но стороны, заключив договор, выразили взаимно согласованную волю на отчуждение и приобретение права собственности на конкретный объект, а подав заявление о регистрации перехода права собственности, выразили волю на ее совершение, иначе говоря, выполнили все установленные законом необходи-

---

[99] СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 40.

[100] В Инструкции об особенностях государственной регистрации договоров участия в долевом строительстве, прав, ограничений (обременений) прав на объекты недвижимого имущества в связи с долевым строительством объектов недвижимого имущества, утв. приказом Минюста от 9 июня 2005 г. № 82 (Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. 4 июля. № 27) имеются прямые указания о праве наследника на регистрацию. В ней, в частности, сказано: «Участник долевого строительства или его *наследник* вправе обратиться в территориальные органы Росрегистрации с заявлением о государственной регистрации права собственности на объект долевого строительства, построенный (созданный) за счет денежных средств такого участника долевого строительства, в соответствии с договором, после подписания застройщиком и участником долевого строительства или его *наследниками* передаточного акта либо иного документа о передаче объекта долевого строительства» (курсив мой. – *Б. Х.*) (абз. 3 п. 10; см. также абз. 4 п. 20).

[101] Вопрос об исполнении обязанности приобретателя по встречному предоставлению в данном случае опускается, так как по общему правилу оно не влияет на возможность проведения регистрации, тем более что по условиям приведенной в тексте ситуации заявление о регистрации подано.

мые для государственной регистрации перехода права собственности требования, регистрационные же действия от их воли не зависят.

Здесь уместно сослаться на известное постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 августа 1993 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации"»[102]. В нем даны разъяснения относительно сделок приватизации жилых помещений, документальное оформление которых не было завершено до смерти лица, обратившегося с заявлением о приватизации. При возникновении споров о включении такого жилого помещения в наследственную массу, указывается в постановлении, «необходимо иметь в виду, что указанное обстоятельство (смерть заявителя, подавшего все необходимые для приватизации документы. – *Б. Х.*) само по себе не может служить основанием к отказу в удовлетворении требования наследника, если наследодатель, выразив при жизни волю на приватизацию занимаемого жилого помещения, не отозвал свое заявление, поскольку по независящим от него причинам был лишен возможности соблюсти все правила оформления документов на приватизацию» (п. 8).

Думается, что имеется определенное сходство обсуждаемой ситуации с положением, возникающим в связи с приватизацией жилого помещения и рассмотренным в постановлении Пленума: на основании поданного в регистрирующий орган заявления о государственной регистрации перехода права со всеми требуемыми и соответствующими закону документами у сторон договора возникло право требования, а у регистрирующего органа – обязанность осуществить регистрацию, в проведении которой он не мог отказать; а то обстоятельство, что наступившая смерть стороны договора помешала ее совершить, не должно служить препятствием для ее совершения в отношении наследника (наследников). Регистрирующий орган обязан внести по требованию последнего соответствующую запись в ЕГРП и выдать свидетельство о праве собственности. Закон о государственной регистрации предусматривает исчерпывающий перечень оснований для отказа в государственной регистрации прав (ст. 20), в котором прекращение правоспособности смертью физического лица отсутствует. Отказ в государственной регистрации права может быть обжалован заинтересованным лицом в суд, арбитражный суд (п. 3 ст. 20).

В третьей ситуации, при которой объект фактически не передан приобретателю, передаточный акт не подписан, но на основании заявления о регистрации и других документов проведена регистрация перехода права, и смерть отчуждателя наступила после регистрации,

[102] См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1994. С. 359 сл.

возникает, по крайней мере, три вопроса: 1) о законности акта государственной регистрации перехода права собственности; 2) об основании требования передачи недвижимого имущества – предмета договора и 3) об управомоченном требовать и обязанном исполнить обязательство по передаче имущества во владение приобретателя.

Законность акта государственной регистрации не может быть поколеблена отсутствием подписанного сторонами передаточного акта и передачи отчужденного имущества во владение приобретателя, а равно отсутствием фактической передачи имущества при наличии передаточного акта.

Относительно последнего случая необходимо заметить, что представление подписанного обеими сторонами документа о передаче недвижимости существенно затрудняет доказывание, что имущество фактически не передано[103], в связи с чем следует рекомендовать участникам сделок не подписывать передаточный акт до фактической передачи объекта в обладание приобретателю.

Что касается основания требования передачи недвижимости во владение, то на первый взгляд может показаться допустимой конкуренция исков виндикационного и обязательственного. Однако независимо от того, как в принципе относиться к проблеме конкуренции способов защиты нарушенного права, в данном случае обоснованным является только обязательственный иск. Не передав объект, отчуждатель не выполнил соответствующее договорное обязательство, предусмотренное п. 1 ст. 456, п. 1 ст. 549, абз. 2 п. 1 ст. 556 ГК. В этом случае приобретатель вправе предъявить требование, предусмотренное п. 2 ст. 463 и ст. 398 ГК[104].

Управомоченным на предъявление иска является приобретатель, а в случае его смерти – наследник (наследники), принявший наследство и получивший свидетельство о праве на наследство. Обязанным является отчуждатель недвижимости, а в случае его смерти – правопреемник в порядке наследования.

В четвертой ситуации, когда одна из сторон договора умирает до подачи заявления о регистрации перехода права, но передаточный

---

[103] В спорных случаях возникнет проблема возможности доказывания совершения передачи (как сделки) свидетельскими показаниями, так как абз. 1 п. 1 ст. 556 ГК требует ее оформления подписанным сторонами актом или иным документом.

[104] По мнению В. И. Слыщенкова, в ситуации, когда покупатель стал собственником вещи до ее передачи ему, он «вправе требовать предоставления вещи в фактическое обладание не как покупатель, а как собственник» (см.: *Слыщенков В. И.* Передача (traditio) как способ приобретения права собственности // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001 год. М., 2002. С. 165). Критику этой точки зрения см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2004. С. 181, сн. 1).

акт сторонами подписан, возникает вопрос о возможности регистрации перехода права собственности при отсутствии заявления сторон о регистрации, которое не может быть подано ввиду смерти одной из сторон. В соответствии со ст. 16 Закона о государственной регистрации государственная регистрация прав производится на основании заявления правообладателя, *сторон договора* или уполномоченного им (ими) на то лицо при наличии у него нотариально удостоверенной доверенности, если иное не установлено федеральным законом.

В п. 3 ст. 551 ГК и абз. 3 п. 1 ст. 16 Закона о государственной регистрации установлены последствия уклонения одной из сторон от регистрации, а последствия смерти одной из сторон до подачи заявления о регистрации нормативно не урегулированы. При их определении необходимо исходить из того, что сделка как одно из оснований для государственной регистрации (ст. 17 Закона о регистрации) заключена по согласованной воле сторон, что эта воля была направлена на отчуждение права собственности на определенный объект одной стороной и его приобретение другой. Смерть одной из сторон не должна признаваться правопрепятствующим фактом, лишающим другую сторону права на регистрацию и его судебную защиту. Вместо умершего заявление подает наследник (наследники), а в случае его уклонения от регистрации основанием для регистрации права является судебное решение, вынесенное по требованию другой стороны.

Анализ приведенных ситуаций, когда правоспособность прекращается смертью физического лица – стороны договора, приводит, как представляется, к убедительному выводу о том, что право требовать исполнения заключенного наследодателем договора, в том числе совершения действий, необходимых для государственной регистрации, и соответствующая этому праву обязанность переходят, как имущественные право и обязанность, возникшие из договора, по наследству в общем порядке.

В целях обеспечения единства правоприменительной практики Пленуму Верховного Суда РФ и Пленуму Высшего Арбитражного Суда РФ следовало бы дать нижестоящим судам разъяснения о последствиях прекращения правоспособности смертью физического лица, ликвидации или реорганизации юридического лица – одной из сторон сделки с недвижимым имуществом до завершения процесса ее исполнения и государственной регистрации вещного права.

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

ДОГОВОРЫ КОНСЕНСУАЛЬНЫЕ И РЕАЛЬНЫЕ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ КЛАССИФИКАЦИИ И ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНЫХ ОСОБЕННОСТЕЙ*

(*в соавторстве с проф. В. В. Ровным*)

I

Принятая в законодательстве и в гражданско-правовой доктрине дифференциация договоров по различным критериям не колеблет того общего для всякого договора и объединяющего все без исключения договоры начала, что любой договор представляет собой *соглашение сторон*. Любой договор – это взаимное согласованное волеизъявление, направленное на достижение определенного правового результата, – суть соглашение. Без и до достижения такого согласованного выражения воли сторон не может быть никакого договора – поименованного и непоименованного, односторонне обязывающего и взаимного, возмездного и безвозмездного, консенсуального и реального. Это подтверждает и анализ правил п. 1 и 2 ст. 433 ГК[1], в силу которых соглашение – обязательный признак и элемент любого договора безотносительно к его принадлежности к консенсуальной или реальной

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Договоры консенсуальные и реальные: теоретические вопросы классификации и характеристика основных особенностей // Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 12. Алматы: Академия юриспруденции – ВШП «Әділет», 2001. С. 60–116. – *Прим. ред.*

[1] Здесь и далее без особых на то оговорок приводятся ссылки на нормативные акты РФ.

модели, при этом для заключения реального договора «необходима *также* передача имущества»[2].

Итак, деление договоров на консенсуальные и реальные и вытекающие отсюда различия покоятся на существенных особенностях в способах заключения консенсуальных и реальных договоров и связываются с определением момента самого их возникновения (совершения, перфекции), момента, с которого возникают те или иные правовые последствия. Для заключения консенсуального договора (а их большинство, ибо консенсуальная модель договора является общим правилом – ср. п. 1, 2 ст. 433 ГК) необходимо и достаточно согласования всех его существенных условий, минимальный круг которых (так называемые объективно-существенные условия[3]) в разных консенсуальных договорах, за исключением условия о предмете, различен (см. п. 1 ст. 433 ГК). Для заключения реального договора закон по тем или иным причинам не признает самого по себе акта согласования достаточным, а потому требует его обязательное дополнение (*«подкрепление»*) действием по передаче имущества (см. п. 2 ст. 433 ГК)[4]. Это значит, что в реальных договорах совершение передаточного действия представляет собой вторую (помимо акта согласования) необхо-

---

[2] Буквальный смысл оппозиционных категорий *консенсуальный* (от лат. *consensus* – соглашение) и *реальный* (от лат. *res* – *вещь*), выступающих объектом настоящей статьи, всегда позволял ограничить их использование кругом *договоров*. Как верно то, что односторонние сделки не могут быть консенсуальными уже потому, что для их заключения необходимо и достаточно волеизъявления одного лица, нет сомнений и в том, что их заключение не может быть обусловлено и с необходимостью поставлено в зависимость от какого-либо *передаточного действия*. Это значит, что односторонние сделки вообще не подлежат отнесению ни к одной из двух рассматриваемых классификационных рубрик. Хотя приемлемость использования термина *consensus* не в соответствии с его буквальным смыслом, а в смысле одного лишь факта *изъявления воли*, которая выступает в качестве обязательного элемента любых сделок, позволила в свое время О. С. Иоффе заметить, что «консенсуальными являются все односторонние сделки и большинство договоров, а некоторые договоры относятся к разряду реальных» (*Иоффе О. С.* Советское гражданское право. М., 1967. С. 267), основываясь на ст. 433 действующего ГК дальнейшее употребление и рассмотрение оппозиции *«консенсуальное–реальное»* ограничим договорами.

[3] Имеются в виду только условия о *предмете договора* и условия, *названные в качестве существенных или необходимых для договоров данного вида в законодательстве* (см. абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК). Условия, требующие обязательного согласования по заявлению одной из сторон, являются *субъективно-существенными*.

[4] Сказанное заставляет усомниться в точности некоторых формулировок реального договора. В одной из них, в частности, отмечается, что «реальный договор, права и обязанности по которому устанавливаются только с момента передачи вещи или для возникновения которого кроме соглашения сторон необходима и передача вещи» (Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. З. И. Цыбуленко. М., 1998. С. 363). Однако из такого определения в результате использования в нем союза *«или»* может быть сделан вывод, что соглашение якобы может и не предшествовать передаче вещи и что для *«возникновения»* договора достаточна одна передача.

димую предпосылку заключения договора, его конструктивную особенность и отличительную черту. Поскольку консенсуальные договоры считаются совершенными уже при достижении согласования по всем существенным их условиям в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта, возникновение прав и обязанностей здесь всегда *предшествует* совершению последующих действий (см. п. 1 ст. 432, п. 1 ст. 433 ГК). Получается, что все совершаемые в связи с консенсуальными договорами действия, будучи производными из уже возникших прав и обязанностей участников договорных отношений, опираются на существующий договор и имеют *договорную природу*. Кроме того, такие действия отличаются функциональным *единством*: они связаны с *исполнением* договора, а значит, почти всегда направлены на прекращение соответствующего обязательства. В реальных договорах *необходимой дополнительной предпосылкой* их заключения, а значит и возникновения прав и обязанностей является совершение действий по передаче имущества (см. п. 2 ст. 433 ГК). Поэтому совершаемые в связи с реальными договорами действия *неоднородны*: одни действия (по передаче имущества) являются *предпосылочными*, другие же (все остальные), напротив, совершаются сторонами как следствие уже заключенного ими договора; соответственно, первые совершаются для *возникновения* договора, вторые – в целях его *исполнения*, а значит, и *прекращения* обязательства.

Совершение предпосылочных действий, необходимых для заключения реального договора, в отличие от всех действий, совершаемых в рамках консенсуальных договоров, в большей степени основывается не на «*праве*», а на «*факте*», однако роль права и здесь остается весьма очевидной. Для перфекции реального договора помимо соглашения сторон требуется еще и передача имущества одним из участников сделки. Только передача, основанная на достигнутом соглашении и произведенная в соответствии с ним, способна вызвать правовые последствия в виде заключения реального договора, т. е. обеспечить его заключенность. Отсюда неизбежен вопрос – о каком тогда соглашении как основании совершения передаточного действия в реальных договорах идет речь? Учитывая, что сам акт передачи вещи представляет собой двустороннюю сделку, а значит, соглашение сторон[5], в данном случае, по-видимому, имеется в виду не это соглашение, а дру-

[5] См.: *Хаскельберг Б. Л.* Об основании и моменте перехода права собственности на движимые вещи по договору // Правоведение. 2000. № 3; *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. Иркутск, 2001. С. 110–113.

гое, ему предшествующее. И это действительно так, ибо совершение передачи трудно себе представить без предшествовавших ей переговоров по согласованию цели и существенных условий. Если передача имущества произведена не на основании соглашения, невозможно определение юридической цели этого действия, а потому оно не может быть признано юридическим фактом, с которым связывается заключение реального договора. Так называемая *«голая передача»* не порождает последствий в виде признания договора заключенным; сложнее, если передача произведена в количестве (качестве, ассортименте и т. п.), отличном от соглашения. Так, передачу вещей в количестве меньшем (а иногда, не исключено, что и в большем), чем это было обусловлено соглашением, при том непременном условии, что акт приема-передачи состоялся, по-видимому, следует оценивать с точки зрения возникновения новых согласованных волеизъявлений сторон и заключения договора (подтверждением чему может служить правило п. 3 ст. 812 ГК). Соглашение, о котором в данном случае идет речь, не обязательно должно быть удалено во времени от акта передачи имущества, оно может совпасть или почти совпасть во времени с актом передачи, более того, оба волеизъявления могут состояться одномоментно. Например, если одно лицо обращается к другому лицу с просьбой об одолжении ему 500 руб. и деньги тут же передаются займодавцем заемщику, налицо заключенный договор займа. Но ведь нельзя отрицать тот факт, что прежде чем осуществить передачу денег стороны достигли необходимого соглашения! В этом случае имеется достигнутое до момента передачи соглашение о займе, и есть передаточное действие, которое завершает заключение договора займа. Напрашивается вывод: поскольку соглашение, предшествующее в реальных договорах передаче, представляет собой взаимное согласованное волеизъявление, в свою очередь, акт передачи также является согласованным выражением воли сторон на передачу и принятие вещи, завершающий перфекцию реального договора, процесс заключения *реального договора состоит из двух договоров*. Поэтому как бы ни были близки во времени акты соглашения о займе и передачи денег, их невозможно не различать.

Соглашение, предшествующее в реальных договорах передаче вещи, – это договор консенсуального типа и в первом приближении напоминает так называемые *сделки, исполняемые при самом их совершении* (см. п. 2 ст. 159 ГК). Однако в таких консенсуальных сделках (взять, к примеру, некоторые виды договора розничной купли-

продажи) передаче приобретаемого товара предшествует соглашение, а товар передается *во исполнение* заключенного договора, поэтому на стороне продавца существует обязанность передать товар, а на стороне покупателя – принять его и уплатить покупную цену. В отличие от этого, соглашение, предшествующее передаче вещи и заключению реального договора, *не порождает какого-либо обязательства*, что в то же время не может служить основанием для отрицания его (соглашения) существования. Поэтому, если обычный консенсуальный договор порождает предусмотренный законом и волеизъявлением сторон правовой результат в момент согласования сторонами всех существенных его условий, и с этого же момента осуществление соответствующих прав и обязанностей сторон начинает обеспечиваться действующим механизмом исполнения обязательств, то соглашение о передаче вещи, предшествующее заключению реального договора, вплоть до совершения передачи, напротив, *не обеспечивает реализацию правового результата, входящего в намерение сторон, отсутствуют здесь и основания для принудительной передачи, нет и механизма осуществления соответствующих требований.* Так, если стороны условились о предоставлении взаймы определенной суммы денег, то ни одна из сторон не располагает притязанием, которое может предъявить другой стороне об исполнении «*обязанности*» согласно достигнутой договоренности. Из сказанного, однако, не следует вывод о полной юридической иррелевантности такого соглашения, ибо, *во-первых*, предрешая вопрос о передаче, данное соглашение обеспечивает ее статус как юридического факта, необходимого для признания договора заключенным в итоге, в конечном счете; *во-вторых*, этим соглашением определяется тип (вид) будущего реального договора (безвозмездного пользования, займа, хранения и т. д.); *в-третьих*, обозначенные в рассматриваемом соглашении условия будущего реального договора с совершением акта передачи приобретают юридическую силу как условия заключенного реального договора. Поэтому, если стороны договорились о предоставлении займа в определенной сумме на согласованный срок под некий процент, с момента передачи обусловленной денежной суммы заемщику эти условия становятся условиями заключенного договора займа: в установленный срок заемщик обязан возвратить сумму долга с процентами. Получается, что *особенность интересующего нас соглашения о передаче имущества в реальном договоре состоит в том, что оно является договором sui generis – договором, не влекущим в обход общего правила (см. п. 2*

ст. 307 ГК) установление обязательства. Рассматриваемое соглашение, не порождая прав и обязанностей и прав требования передачи вещи, представляет собой так называемый договор «с отодвинутым правовым эффектом» («с отодвинутыми правовыми последствиями») – далее для краткости договор «с отодвинутым эффектом» (имеется в виду «отодвинутым» вплоть до момента совершения акта передачи) и одним из конструктивных элементов процесса заключения реального договора, включающего в качестве второго элемента, – передачу имущества[6]. О. С. Иоффе верно отмечал, что займодавец передает в собственность другой стороны деньги или родовые вещи «...не в порядке исполнения договорной обязанности, а в процессе заключения самого договора»[7] и, добавим от себя, для его заключения.

Договор «*с отодвинутым эффектом*» внешне напоминает сделку с отлагательным условием (см. п. 1 ст. 157 ГК). Общее между ними состоит в том, что права и обязанности сторон, охватываемые их намерениями, как по договору «*с отодвинутым эффектом*», так и по сделке с отлагательным условием не наступают в момент их соверше-

[6] Своеобразна ситуация при заключении договора перевозки груза, который в соответствии со ст. 785 ГК признается реальным договором. Заключению договора грузовой перевозки (предъявлению и принятию груза к перевозке) предшествуют отношения между грузоотправителем и перевозчиком, не являющиеся перевозочными. Это особые отношения, возникающие на основании заявок (заказов) на перевозку, регулируемые нормами, отличными от тех, которые регулируют отношения перевозки (см. ст. 791, 794 ГК, а также транспортные кодексы и уставы). Подача заявки (заказа) и принятие ее перевозчиком – суть договор, на основании которого возникает структурно самостоятельное обязательство по предоставлению транспортных средств и их использованию, предъявлению груза к перевозке. Этим указанный договор существенно отличается от договора «*с отодвинутым эффектом*», не порождающего между его участниками никаких юридических обязанностей. Исполнение упомянутого структурно самостоятельного обязательства реализуется совершением сторонами действий по вручению (грузоотправителем) и принятию к перевозке (перевозчиком) груза, т. е. заключением договора перевозки груза.

Договор грузовой перевозки – разовый договор, заключаемый на отправку определенной партии груза. Нет и не может быть никаких сомнений в том, что вручению груза предшествует соглашение между грузоотправителем и транспортной организацией места отправления груза об условиях конкретного договора перевозки на отправку данной предъявляемой партии груза. Эти условия в принципе не могут быть определены в заявке (заказе) на перевозку. С учетом технологии принятия груза в зависимости от вида отправки соглашение сторон об условиях договора достигается до или в процессе предъявления и принятия груза к перевозке. Эти условия получают юридическое закрепление в накладной (транспортном документе), заполняемой грузоотправителем и предъявляемой им перевозчику. Договор перевозки считается заключенным (вступает в силу) лишь с момента, когда груз фактически принят по накладной к перевозке, о чем перевозчиком делается соответствующая отметка в накладной. Не вдаваясь в технологические подробности принятия груза и согласования условий, отметим, что именно это соглашение, предшествующее или достигаемое в момент принятия груза к перевозке, и есть то самое соглашение «*с отодвинутым эффектом*».

[7] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 651.

ния и еще неизвестно, возникнут или не возникнут. Однако за внешним сходством между этими конструкциями обнаруживается и ряд существенных различий. Так, *во-первых*, круг реальных договоров, для перфекции которых имеет значение договор «*с отодвинутым эффектом*», ограничен законом, следовательно, ограниченным является и сам круг такого рода договоров. Напротив, закон никак не ограничивает круг условных сделок (как с отлагательным, так и с отменительным условием), при этом включение в сделку какого-либо условия зависит от воли ее участников. *Во-вторых*, в отличие от договора «*с отодвинутым эффектом*», который сам по себе в момент его заключения не влечет юридической связанности сторон, любая условная сделка такую юридическую связанность порождает. «В сделке под отлагательным условием, – справедливо отмечает Г. И. Стрельников, – правовая связанность сторон до его наступления состоит в обязанности не прекращать в одностороннем порядке действие сделки, сохранять имущество, относительно которого в будущем могут возникнуть права и обязанности (п. 3 ст. 157 ГК РФ)»[8]. Договор же «*с отодвинутым эффектом*» приобретает юридическое значение лишь в случае перфекции в соответствии с ним реального договора. До и без заключения последнего он не имеет значения юридического факта, тогда как любая условная сделка является юридическим фактом уже с момента ее заключения. *В-третьих*, в любой условной сделке наступление условия всегда отдалено во времени от момента ее заключения (в противном случае нет смысла заключать такого рода сделки). В свою очередь, договор «*с отодвинутым эффектом*» может быть отдален во времени от заключения реального договора (передачи вещи), эти действия могут быть совершены последовательно одно за другим с минимальным разрывом или даже одномоментно. *В-четвертых*, учитывая, что наступление или ненаступление условия в любых условных сделках должно быть объективным (говоря иначе, оно должно быть неизвестным для участников условной сделки и не должно от них зависеть[9]), в качестве условия здесь могут выступать различные события и действия третьих лиц[10]. Права и обязанности сторон в сделках с отла-

[8] Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. М., 1998. С. 210.

[9] Р. О. Халфина, отмечая это, обращает внимание на равенство в положении сторон условной сделки – см.: ГК РФ. Ч. 1. Науч.-практ. коммент. / Под. ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина, В. П. Мозолина. М., 1996. С. 279.

[10] О невозможности выступления в качестве условия в условных сделках *действий самих участников* таких сделок см., напр.: Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред.

гательным условием в зависимости от формулировки условия возникнут, если условие наступит или не наступит, при этом каких-либо дополнительных действий сторон не требуется, хотя, разумеется, и не возбраняется их добросовестное содействие или, напротив, воспрепятствование наступлению соответствующего условия. Напротив, права и обязанности в связи с договором «*с отодвинутым эффектом*» возникнут лишь при совершении сторонами действий, необходимых для заключения реального договора. Возникновение прав и обязанностей из соглашения «*с отодвинутым эффектом*» зависит от совершения действий только сторонами (заключения ими реального договора, из которого в совокупности с рассматриваемым соглашением и возникают правовые последствия). Наконец, *в-пятых*, любая условная сделка, не соответствующая установленным требованиям действительности сделок, может быть признана недействительной сама по себе и до наступления предусмотренного в ней условия. Договор «*с отодвинутым эффектом*» – лишь в случае, если в соответствии с ним заключен реальный договор.

Несмотря на внешнее сходство, договор «*с отодвинутым эффектом*» не следует отождествлять также и с *предварительным договором* (см. ст. 429 ГК), ибо до и без передачи имущества, в отличие от предварительного договора, он не создает никаких обязанностей у сторон, в т. ч. и обязанности по заключению реального договора и соответствующего права требования. Между тем одним из условий предварительного договора является срок заключения основного договора, а в случае отсутствия такого условия последний подлежит заключению в течение года с момента заключения предварительного договора, к тому же при уклонении стороны, заключившей предварительный договор, от заключения основного договора применяются правила, установленные для заключения договоров в обязательном порядке, т. е. заинтересованная сторона вправе потребовать принудительного заключения основного договора (см. п. 4, 5 ст. 429, ст. 445 ГК). Специфика договора «*с отодвинутым эффектом*» не исключает,

О. А. Красавчикова. М., 1968. Т. 1. Гл. 9. С. 238 (автор – *О. А. Красавчиков*); Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред. В. П. Грибанова, С. М. Корнеева. М., 1979. Т. 1. Гл. 13. С. 225–226. (автор – *А. М. Белякова*). Данное суждение, сформулированное нами по тексту, однако, не является единственным (подробнее см.: Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. С. 210), впрочем, в литературе по этому вопросу иногда обнаруживается и отсутствие последовательности во взглядах (ср.: Гражданское право: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1993. Т. 1. С. 130–131; Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1998. Т. 1. С. 338, автор – *В. С. Ем*).

что, подобно всякой сделке, он должен соответствовать установленным законом требованиям действительности сделок. Этот договор вместе со сделкой передачи имущества представляет собой единый реальный договор. Обсуждение договора «*с отодвинутым эффектом*» в плане его действительности правомерно и имеет смысл лишь в случае, когда заключение реального договора стало свершившимся фактом. Передача, произведенная в соответствии с соглашением «*с отодвинутым эффектом*», совершенным с нарушением требований, предъявляемых к действительности сделок (например, под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение), недействительна (как сделка), и весь реальный договор следует признать недействительным. В зависимости от оснований недействительности подлежат применению последствия, установленные в § 2 гл. 9 ГК.

Вопрос об особенностях заключения договора «*с отодвинутым эффектом*» и о применимости здесь общих правил гл. 28 ГК в литературе, как правило, не обсуждается, и лишь в одном из комментариев к ГК отмечается, что исключением из общего правила, согласно которому договор считается заключенным в момент получения стороной, направившей оферту, ее акцепта, является случай оформления сторонами отношений реальным договором, для заключения которого «требуется не только направление оферты и получения акцепта, но и передача имущества»[11]. Хотя с таким замечанием следует согласиться, это не дает ответа на вопрос, какое все же значение здесь имеют оферта и акцепт, и в чем состоит их особенность. Бесспорно, что обе традиционные стадии заключения договора в реальном договоре лишены юридического значения предпосылок, достаточных для его перфекции, однако их юридическая релевантность обусловлена заключением договора «*с отодвинутым эффектом*», следом за которым и в соответствии с которым совершается акт передачи, а неразрывно с ним и сам реальный договор. Офертой в договоре «*с отодвинутым эффектом*» является предложение о передаче имущества, а акцептом – его принятие, и все же, поскольку такой договор по существу ни к чему не обязывает стороны, такой же, безобязательственный, характер имеют в нем оферта и акцепт, в чем и состоит их главная особенность. В дальнейшем при условии полного соответствия договору «*с отодвинутым эффектом*» основанного на нем акта передачи оферта в виде первоначально сделанного предложения передать имущество и

[11] Гражданский кодекс РФ. Ч. 1. Коммент. для предпринимателей. Изд. 2. М., 1999. С. 567.

акцепт в виде согласия на это предложение, не меняя своего содержания, воплощаются в реальном договоре. Если же передача была осуществлена на условиях, отличных от предусмотренных в договоре «*с отодвинутым эффектом*», в заключенном в результате передачи реальном договоре первоначальные оферта и акцепт будут рассматриваться в измененном виде в соответствии с последним волеизъявлением сторон. Впрочем, особенности заключения реального договора не исключают того предположения, будто бы офертой здесь выступает сам договор «*с отодвинутым эффектом*» или акт передачи. Однако иллюзорность такого впечатления основывается уже на том, что оферта представляет собой одностороннюю сделку оферента, тогда как и договор «*с отодвинутым эффектом*», и передача являются сделками двусторонними (договорами), при этом первый договор в основном имеет морально-нравственное значение, второй – дополняет первый договор, а оба договора вместе выступают *двумя необходимыми структурными элементами процесса заключения реального договора.*

Таким образом, особенности оферты и акцепта в реальном договоре состоят в том, что сами по себе без акта передачи они не имеют того обязывающего гражданско-правового значения, которое обычно с ними связывается (см. ст. 435–443 ГК), они могут возникать задолго до появления реального договора (имея в виду, что по времени акт передачи может быть существенно отдален от договора «с отодвинутым эффектом») и, возникая, могут оставаться неизменными на разных – согласовательной и передаточной – стадиях заключения реального договора, но могут и изменяться, при этом приоритет перед согласовательной стадией имеет передаточная стадия, и как более поздняя по времени, и как более юридико-значимая.

Реальные договоры, в отношении которых не установлена определенная форма, считаются заключенными в момент приема-передачи имущества, но если закон предусматривает для них определенную форму, а также необходимость государственной регистрации, признание реального договора заключенным связывается *не только с актом передачи, но и с выполнением этих требований*. М. И. Брагинский, по-видимому, придерживается иного мнения. «Если речь идет о договоре, направленном на переход имущества в собственность, – пишет он, – то и передача должна означать переход прав собственности от одной стороны к другой. Все различие между консенсуальными и реальными договорами состоит... в том, что переход права собственности в пер-

вом случае осуществляется в рамках договора, а во втором – до его возникновения. При этом определение времени самой передачи производится в соответствии со ст. 135 ГК РСФСР и ст. 223 нынешнего ГК. Им (временем самой передачи. – *Б. Х., В. Р.*) должен считаться момент регистрации перехода права собственности для случаев, когда закон считает это для отчуждения имущества необходимым, и фактическое вручение – во всех остальных случаях»[12]. Из приведенного следует, что реальный договор, направленный на переход права собственности на недвижимость, надлежит считать заключенным с момента государственной регистрации права независимо от того, состоялась ли передача имущества, а с этим нельзя согласиться, как с находящимся в прямом противоречии с п. 2 ст. 433 ГК. Это, однако, не все. Далее, имея в виду реальный договор безвозмездного пользования (ссуды), М. И. Брагинский указывает, что в случаях, предусмотренных ст. 131 и 164 ГК, а также Федеральным законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.97, в виде общего правила этот договор считается заключенным с момента, когда произведена соответствующая его регистрация[13]. И вновь, если автор полагает, что реальный договор безвозмездного пользования считается заключенным *до и независимо от передачи имущества*, это противоречит п. 2 ст. 433 ГК. Словом, неизбежен следующий вывод: *как не влечет возникновения правовых последствий традиция вне соответствующего закону оформления и государственной регистрации реального договора, так и сами по себе действия по его надлежащему оформлению и государственной регистрации не обеспечивают его перфекцию, если имущество еще не передано.*

II

Вообще говоря, передача имущества представляет собой фактическое действие участников гражданского оборота, имеющее юридические последствия, а потому является юридическим фактом. Общее гражданско-правовое значение передачи связывается с тем, что в большинстве гражданско-правовых отношений, а именно в консенсу-

[12] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. М., 2000. С. 631–632.
[13] Там же. С. 780.

альных договорах и внедоговорных обязательствах (в частности, в охранительных обязательствах) с передачей связывается исполнение должником гражданско-правовой обязанности перед кредитором. В реальных договорах передача выступает в качестве конститутивной предпосылки их заключения и завершает процесс установления между лицом, осуществившим передачу, и лицом, в пользу которого передача произведена, обязательственного правоотношения. В связи с этим уместно говорить об *обязательственно-правовом эффекте* традиции. Кроме того, считается и воспринимается как принцип, что передача всегда обеспечивает переход владения, при этом от намерения сторон зависит, что переходит сверх того[14]. Оспоримость данного принципа[15] вместе с тем не умаляет того факта, что помимо только что отмеченного обязательственного эффекта передача еще создает и определенный *вещно-правовой эффект*, максимальная рельефность которого обнаруживается в тех случаях, когда передача опосредствует переход права собственности.

Однако начнем с некоторых наиболее общих замечаний. Передача основывается на взаимном волеизъявлении отчуждателя и приобретателя, направленном на достижение определенной правовой цели. Передача, как акт волеизъявления, направленный на возникновение гражданских прав и обязанностей, является *сделкой*, она опосредствует переход владения (по крайней мере, на уровне *detentio* или *corpus possessionis*), требует участия не менее двух лиц и состоит из предложения передать и из принятия вещи[16]. Признание передачи сделкой полностью соответствует легальному определению последней (см. ст. 153 ГК). И хотя передача является действием, направленным на возникновение правовых последствий, она не имеет статуса само-

---

[14] См.: *Дженкс Э.* Английское право. М., 1947. С. 309; *Тузов Д. О.* Реституция в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 309.

[15] Справедливости ради, нельзя не заметить, что этот выделяемый некоторыми авторами принцип едва ли безукоризненно вписывается в рамки действующего гражданского законодательства и согласуется с ним. В ГК отсутствует норма о *праве владения* как таковом, однако из догматического анализа положений Кодекса следует, что в договоре аренды вещь может быть предоставлена арендатору во владение и пользование либо *только в пользование* (см. ч. 1 ст. 606 ГК). Надлежит ли это понимать так, что в последнем случае *предоставление* имущества представляет собой *самостоятельный акт*, который, дабы не вступить в противоречие с осмысливаемым принципом, не следует отождествлять с *актом передачи*? Отрицательный ответ на этот вопрос, по всей видимости, следует дать после обращения к п. 1 ст. 689 ГК: передача имущества по договору безвозмездного пользования имуществом (конструкции, достаточно близкой договору аренды) *de lege lata* наделяет ссудополучателя только статусом *пользователя*, но она едва ли делает его владельцем.

[16] См.: *Дженкс Э.* Указ. соч. С. 308–309.

стоятельной сделки. Не будучи способной обусловить правовые последствия независимо от той сделки, во исполнение которой она совершается, передача – *сделка вспомогательная*, а обусловливаемый ею вещно-правовой эффект связан и зависит от основной сделки, исполнение которой требует совершения передачи[17]. Как сделка передача представляет собой *договор*, при этом ее вещно-правовому эффекту обязательно корреспондирует наличие *каузы, цели* (*justa causa traditionis*). Цель или направленность передачи определяет характер последствий и получает выражение в *основном договоре*, который и выступает в качестве основания приобретения (перехода) того или иного права (*justus titulus*). Романистике давно известна не имеющая единообразного решения ни в источниках (*D. 41.1.31 pr.; 41.1.36; 12.1.18 pr.*), ни в обширной литературе проблема *каузальности* или *абстрактности* традиции, и все же имеются основания считать, что вещь, переданная одним лицом другому с намерением перенести право собственности, становилась собственностью последнего, даже если основание, в котором это намерение выражено, было для сторон различным[18]. Поскольку по действующему российскому праву решающее

[17] Сама по себе передача может породить правовые последствия лишь в единичных исключительных случаях, прямо указанных в законе (см., в частности, п. 4 ст. 1109 ГК).

Однако относительно возможности признания передачи сделкой известно и иное мнение. «В обширной категории актов нравоосуществления и исполнения обязанностей..., – отмечала Т. И. Илларионова, – отнюдь не все действия требуют распространения на них режима сделок, поскольку либо они не наделены необходимой регламентирующей силой, либо на них распространяется иной правовой режим». И далее: «Основная масса действий, реализующих обязательственные правоотношения, составляют особую группу юридических фактов, которую нельзя отнести ни к односторонним сделкам, ни к поступкам. Это передача вещи по договору купли-продажи, уплата долга, приемка продукции по количеству и качеству, оплата счета... На них распространяется иной режим, установленный в общих нормах обязательственного права...» (*Илларионова Т. И.* Сделки в механизме гражданско-правового регулирования общественных отношений // XXVII съезд КПСС и механизм гражданско-правового регулирования общественных отношений. Свердловск, 1988. С. 54).

[18] См.: *Дювернуа Н. Л.* Пособие к лекциям по гражданскому праву. Б. м., 1899. Т. 1. С. 104–105; *Ефимов В.* Догма римского права. СПб., 1898. С. 159; *Муромцев С.* Гражданское право Древнего Рима. Б. м., 1883. С. 534; *Трепицын И. Н.* Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения. Одесса, 1903. С. 133; *Хвостов В. М.* Система римского права. М., 1996. С. 240–241 и др. Ю. Барон писал, что «*tradentis error in causa* не препятствует переходу собственности» (Система римского гражданского права профессора Барона. Вып. 2. Кн. 2. Владение. Кн. 3. Вещные права. М., 1898. С. 47). Отвечая на вопрос «...должно ли основание передачи обладать объективной реальностью (действительно существовать) или достаточно субъективного мнения, что оно существует», Г. Дернбург писал: «...передача действительно может иметь абстрактный характер, но отнюдь не всегда его имеет» (*Дернбург Г.* Пандекты. Т. 2 (Т. 1. Ч. 2. нем. изд.). Вещное право. СПб., 1905. С. 114). Между тем признание каузальности традиции означало, что переход права собственности связывался с передачей имущества лишь при наличии действительного соглашения сторон по поводу передачи, так как при отсутствии

значение имеет согласованное волеизъявление сторон не только относительно последствий передачи, но и ее каузы, сегодня в каузальности традиции сомневаться уже не приходится. Так, если традент имеет в виду куплю-продажу, а его контрагент – дарение, то ввиду отсутствия согласованного волеизъявления относительно каузы передача не может считаться юридическим фактом, влекущим переход права собственности.

В зависимости от типа и направленности основного договора с передачей связываются различные правовые последствия, центральное и особое место среди которых занимает переход права собственности. Все договоры, в т. ч. и предусматривающие переход права собственности, с одной стороны, должны отвечать общим требованиям *заключенности договора* (см. п. 1 ст. 432 ГК), с другой – соответствовать установленным требованиям *действительности* сделок (см. гл. 9 ГК). Незаключенный и недействительный договоры не могут обеспечивать переход права (в т. ч. и права собственности), ибо незаключенный договор не способен породить никаких правовых последствий вообще, а недействительный – за исключением тех, специальных, которые связаны с его недействительностью. Если договор подлежит государственной регистрации, переход права не может состояться ранее такой регистрации: незарегистрированный договор признается незаключенным (см. п. 3 ст. 433 ГК), а в случаях, указанных в законе (см. п. 1 ст. 165 ГК), – недействительным (ничтожным), следовательно, для перехода права здесь во всяком случае будет отсутствовать *justus titulus*. Права на объекты недвижимости, как известно, по общему правилу (если иное не установлено законом) возникают с момента государственной регистрации права собственности (см. п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 223 ГК). Верно, наконец, и то, что, поскольку в договорах, направленных на переход права собственности, несобственник не может передать другому право собственности, отчуждатель на момент исполнения договора (на момент передачи) должен обладать правом собственности на отчуждаемое имущество (это требование распространяется и на те случаи, когда договор совершает не сам собственник, а

такого соглашения или его недействительности передача не влекла правовых последствий, а традент мог виндицировать переданную вещь. Признание за традицией абстрактности, напротив, предполагало ее способность влечь правовые последствия (в частности, переход права собственности) независимо от обусловливающего ее правового основания, при этом в спорных случаях традент сохранял право только на личный иск, менее обеспечивавший его интересы.

уполномоченное им лицо). Таковы общие положения о переходе права собственности по договору.

Возвращаясь, однако, от общих замечаний к непосредственному объекту настоящей статьи, необходимо подчеркнуть, что отмеченные *обязательственно-правовые* и *вещно-правовые* составляющие передачи в консенсуальных и реальных договорах имеют различное проявление. В консенсуальных договорах купли-продажи, мены, а сегодня и в договоре дарения, направленных на передачу права собственности или иного вещного права, традиция выполняет обязательственно-правовую функцию, ибо влечет исполнение, а с ним и прекращение соответствующей договорной обязанности должника. Наряду с этим, по общему правилу, традиция создает непосредственный вещно-правовой эффект, если, конечно, в силу диспозитивности п. 1 ст. 223 ГК момент перехода права собственности не определен иначе (например, если он не приурочен к моменту государственной регистрации – см. п. 2 ст. 223 ГК). В иных консенсуальных договорах (в частности, в договоре аренды и в консенсуальном договоре ссуды), не связанных с переходом права собственности или иного вещного права, о вещно-правовой функции традиции по понятным причинам можно говорить только в контексте обсуждения объема правомочий арендатора (в частности, имеет ли он статус владельца арендуемой вещи – см. ч. 1 ст. 606 ГК) или ссудополучателя, который *de lege lata* всегда является только пользователем чужого имущества (см. п. 1 ст. 689 ГК).

Иное дело – реальные договоры, в которых передача выполняет конститутивную функцию (см. п. 2 ст. 433 ГК) и не может обсуждаться в контексте и рассматриваться в качестве исполнения обязательства: до передачи обязательство еще не возникло, а применительно к несуществующему обязательству нельзя говорить и об его исполнении. Поэтому в реальных договорах *обязательственно-правовая функция* традиции, основанной на так называемом договоре «*с отодвинутым эффектом*», связывается с перфекцией реального договора, признаваемого заключенным именно в момент передачи. Вот почему по консенсуальному договору можно уступить другому лицу право требования передачи имущества, по реальному же договору такая уступка невозможна. С формальной точки зрения, согласно ст. 382 ГК другому лицу может быть передано право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, однако до заключения реального договора (момент которого определяется передачей имущества) обязательство не возникло, стало быть, не возникло и право (требование),

которое можно было бы уступить. По существу же уступка требования передачи в реальном договоре должна была бы означать не что иное, как уступку субъективного права на заключение договора, которым в действительности цедент не обладает, нет здесь и противостоящего ему обязанного субъекта (должника).

Рассмотрение различий между консенсуальным и реальным договорами можно продолжить в *вещно-правовой плоскости*. Взять хотя бы фигуру самого отчуждателя. В консенсуальных договорах он должен быть собственником имущества на *момент исполнения договора* (т. е. на момент передачи имущества). В момент заключения договора это требование вовсе необязательно: вещи еще может вообще не существовать в природе либо существующая вещь может принадлежать на праве собственности другому лицу, у которого к моменту исполнения отчуждателем консенсуального договора она должна быть приобретена (см., например, п. 2 ст. 455 ГК)[19]. В реальных договорах по понятным причинам традент всегда должен обладать правом собственности уже в *момент заключения договора*, т. к. по этому договору моменты заключения договора (передачи) и перехода права собственности совпадают во времени. Но это, разумеется, далеко не все, ибо заметной спецификой в реальных договорах отличаются вопросы перехода права собственности (понятно, речь идет лишь о той категории реальных договоров, которые преследуют эту цель).

Согласно п. 2 ст. 433 ГК само определение реального договора связывается с актом передачи, смысл которого предлагается в ст. 224 ГК; последняя, однако, в силу самого ее расположения в ГК, прежде

[19] Этот справедливый тезис, однако, нуждается в следующем существенном уточнении. Если индивидуально-определенная вещь принадлежит отчуждателю на праве собственности уже в момент заключения им консенсуального отчуждательного договора, то в обход общего правила п. 1 ст. 223 ГК, приурочивающего переход права собственности к приобретателю к моменту передачи вещи (система традиции), стороны по договору могут приурочить переход права собственности *к моменту заключения договора – до передачи и независимо от передачи*, подчинив его *консенсуальной системе*. Однако если на момент заключения консенсуального отчуждательного договора отчуждатель не является собственником вещи, использование сторонами консенсуальной системы, в соответствии с которой право собственности переходило бы уже в момент заключения договора, невозможно в принципе: *во-первых*, отчуждатель, сам не будучи собственником, не может сделать собственником приобретателя, ибо не может передать ему больше прав, чем имеет сам *(nemo plus juris ad alienum transferre potest, quam ipso habet); во-вторых*, применению консенсуальной системы перехода права собственности здесь препятствует отсутствие самой индивидуально-определенной вещи, причем, подчеркнем особо, нередко ее отсутствие в природе. Поэтому в тех случаях, когда в консенсуальных отчуждательных договорах отчуждатель на момент заключения договора не является собственником вещи, ввиду неприменимости консенсуальной системы перехода права собственности вопрос о моменте перехода права собственности подчиняется общему правилу о системе традиции (см. п. 1 ст. 223 ГК).

всего обеспечивает решение вопроса о *моменте перехода права собственности по договору* (см. п. 1 ст. 223 ГК), но если ст. 223 ГК определяет момент перехода права собственности, то сам по себе этот факт вовсе не говорит о том, что предпосылкой совершения реальных договоров должно выступать только то передаточное действие, которое сопряжено с перенесением права собственности. Речь, по-видимому, идет о *передаточном действии вообще*, в т. ч. и о таком, которое не связано с перенесением права собственности, ибо, *во-первых*, при рассмотрении передачи как предпосылки заключения реального договора приоритетное значение имеет само передаточное действие, а не передаваемое в результате его совершения благо (подробнее об этом чуть ниже), *во-вторых*, понятно, что вовсе и далеко не любой реальный договор безусловно преследует цель передать вещь на безвозвратной основе и в этой связи может и должен иметь корреспонденцию со ст. 223 ГК.

Основанием перехода права собственности является юридический факт или юридический состав, с которым правопорядок связывает возникновение у конкретного лица права собственности. Если договор является консенсуальным, нет сомнений в том, что основанием приобретения права собственности является сам консенсуальный договор, однако определение основания перехода права собственности по реальному договору вызывает известные сложности. При обсуждении вопроса об основании перехода права собственности по реальному договору прежде всего следует исключить договор *«с отодвинутым эффектом»*: поскольку сам по себе вплоть до момента передачи он не порождает субъективных обязанностей и прав, а значит и юридической связанности сторон, по этой причине он *не может считаться юридическим фактом*[20]. С уверенностью можно утверждать и о том, что сам по себе акт передачи, не опирающийся на предшествующее ему или совпадающее с ним соглашение, будучи сделкой вспомогательной, не может служить основанием перехода права собственности. Поскольку ни один из обсуждаемых договоров *в отдельности* не может признаваться основанием перехода права собственности, *только в совокупности они могут и должны признаваться таким основанием,*

[20] В качестве доказательства можно сослаться на то, что в случае смерти одной из сторон у ее наследников не возникает ни прав, ни обязанностей, основанных на этом договоре. В то же время отсутствие у договора *«с отодвинутым эффектом»* статуса юридического факта *связано с отсутствием непосредственно обусловливаемых им правовых последствий*, но, как уже приходилось указывать выше, данный договор не является юридически иррелевантным вообще, в принципе.

речь, стало быть, идет о некоем двухэлементном правообразующем составе. Сделанному выводу не препятствует тот факт, что акт передачи имущества совмещает в себе функции определения момента заключения реального договора и момента перехода в соответствии с ним права собственности. Но в таком случае остается выяснить, какую роль в рассматриваемом вопросе играет сам реальный договор? Поскольку совокупность договора *«с отодвинутым эффектом»* и традиции, как совокупность согласовательной и передаточной стадий заключения реального договора, в результате немедленно обусловливают появление реального договора, тезис о том, что основанием перехода права собственности по реальному договору выступает совокупность договора *«с отодвинутым эффектом»* и традиции, не противоречит и не может противоречить утверждению о том, что основанием перехода права собственности по реальному договору является *юридический факт в виде заключенного реального договора.* Получается, *что основанием перехода права собственности по реальному договору является двухэлементный юридико-фактический состав в виде совокупности договора «с отодвинутым эффектом» и передачи, который в то же самое время обусловливает появление реального договора, при этом оба элемента такого состава могут быть слиты во времени и не противопоставляться друг другу или, напротив, иметь характерное временно́е различие. Но так же как оба факта, образующие названный состав, могут быть слиты или отдалены друг от друга во времени, точно так же момент передачи имущества всегда совпадает с моментом появления основного – реального – договора.*

Отмеченное обнажает другую проблему, связанную с существованием двух систем перехода права собственности по договору, и с возможностью использования в реальных договорах так называемой *системы традиции* (являющейся общим правилом) и *системы соглашения* или *консенсуальной системы* (выступающей исключением). В отличие от ГК 1922 г., в котором консенсуальная система перехода права собственности по договору существовала в отношении индивидуальных вещей, а система традиции – в отношении вещей родовых (см. ст. 66), в п. 1 ст. 223 действующего ГК (как и в ст. 135 ГК 1964 г.) закреплена единая системы традиции. В то же время, учитывая диспозитивный характер данного правила, момент перехода права собственности в силу соглашения сторон может быть изменен в двух направлениях: его допустимо отнести к моменту заключения договора (но лишь в отношении индивидуальных вещей) или к какому-либо об-

стоятельству после состоявшегося акта передачи (что возможно в отношении любых вещей, ибо акт передачи в любом случае обеспечит их индивидуализацию как объектов для будущего перехода права собственности)[21]. Ввиду отсутствия (за ненадобностью) специальных норм о моменте перехода права собственности по реальному договору действует общее правило п. 1 ст. 223 ГК, в то же время по реальному договору его практически нельзя изменить ни по закону, ни соглашением сторон. Поскольку реальный договор признается заключенным в момент передачи, право собственности здесь не может быть перенесено ранее этого момента ввиду простого отсутствия *justus titulus*, и это несмотря на то, что предметом реального договора всегда является индивидуализированная передачей вещь. Таким образом, несмотря на диспозитивный характер нормы п. 1 ст. 223 ГК, в реальном договоре стороны *не могут определить момент перехода права собственности по консенсуальной модели*. Против этого утверждения может быть замечено, что, поскольку к моменту передачи вещи приурочивается заключение реального договора, а по консенсуальной системе переход права собственности связывается именно с этим моментом, получается, что по реальному договору право собственности якобы как раз и переходит по консенсуальной системе. Убедительность такого аргумента не вызывает сомнений лишь в первом к нему приближении, при более же детальном осмыслении его состоятельность развенчивает сам смысл и сущность консенсуальной системы перехода права собственности по договору, согласно которой право собственности переходит к приобретателю *до передачи вещи и независимо от передачи* (!). Но поскольку, как только что было замечено, в реальных договорах переход права собственности до передачи невозможен ввиду отсутствия необходимого для этого основания, постольку вывод о невозможности действия в реальных договорах консенсуальной системы перехода права собственности можно считать доказанным.

Впрочем, в реальных договорах в соответствии все с тем же п. 1 ст. 223 ГК стороны как будто бы не лишены возможности договориться о том, чтобы приурочить переход права собственности к определенному обстоятельству, наступившему уже после передачи вещи. В этом случае право собственности должно будет перейти к приобрета-

[21] Стороны могут обусловить переход права собственности по договору предоставлением контрагентом встречного исполнения. По *договору мены* это правило действует независимо от соглашения сторон в качестве общего правила, однако законом или договором оно может быть изменено (см. ст. 570 ГК).

телю после того, как передача состоялась. Однако стоит заметить, что изменение правила п. 1 ст. 223 ГК весьма затруднительно, а в некоторых случаях просто невозможно и в этом направлении. Многие реальные договоры, направленные на перенесение права собственности (взять те же договоры ренты, займа, банковского вклада), – это односторонне обязывающие договоры (обязанными здесь соответственно являются собственники полученного имущества – плательщик ренты, заемщик и банк). Поэтому возможность увязать переход права собственности здесь исключается, по крайней мере, с предоставлением встречного исполнения контрагентом. Теоретически это возможно, если в некоторых случаях переход права собственности попытаться связать с каким-либо объективным обстоятельством. И хотя это едва ли будет иметь какой-то здравый смысл в договорах займа и банковского вклада, предметом которых являются деньги (т. е. объективно-родовые блага), в том же договоре ренты движимого имущества в соответствии с диспозитивностью правила п. 1 ст. 223 ГК и в силу соглашения сторон едва ли исключена возможность перехода права собственности, к примеру, в момент наступления какого-либо срока или смерти рентополучателя-гражданина. Реальный по общему правилу договор страхования (см. п. 1 ст. 957 ГК), в отличие от только что рассмотренных договоров, не является односторонне обязывающим, тем не менее, обязанность страхователя по выплате страхового возмещения (страховой суммы) возникает с наступлением страхового случая, а потому переход права собственности от страхователя к страховщику на страховую премию или первый взнос здесь также не может быть приурочен к какому-либо иному моменту в принципе.

Отмеченное неизбежно приводит к следующим общим выводам.

В условиях договорного перехода права собственности в соответствии с системой традиции заключение консенсуального договора влечет обязательственно-правовое последствие в виде принадлежащего кредитору права требования исполнения отчуждателем (должником) обязанности передать вещь приобретателю. Осуществляемая в соответствии с таким договором передача: а) обеспечивает переход владения; б) определяет момент перехода права собственности (в соответствии с п. 1 ст. 223 ГК); в) по общему правилу прекращает соответствующую обязанность (по передаче) отчуждателя перед приобретателем. В реальных же договорах передача, совершаемая в соответствии с договором «с отодвинутым эффектом»: а) выступает конститутивной предпосылкой совершения реального договора;

б) обеспечивает переход владения; в) определяет момент перехода права собственности.

Консенсуальная система перехода права собственности по договору в условиях действующего российского гражданского законодательства, сама по себе являющаяся исключением, предусмотренным законом или соглашением сторон, может быть реализована только в рамках консенсуальных договоров, где акт соглашения всегда предваряет акт передачи. Поэтому только в консенсуальных договорах момент перехода права собственности потенциально может обсуждаться как по системе традиции (по общему правилу), так и по консенсуальной системе (в порядке исключения, которое предусмотрено законом или соглашением сторон). В реальных договорах, не существующих без и ранее акта передачи, переход права собственности по договору подчиняется только системе традиции (право собственности здесь переходит в момент передачи или в силу особого соглашения сторон в любой момент, следующий за моментом передачи).

III

Деление договоров на консенсуальные и реальные было известно уже римскому праву. Консенсуальными контрактами в нем признавались купля-продажа, наем, товарищество, поручение. «Обязательства, – учил Гай, – возникают путем простого соглашения между сторонами при купле-продаже, при найме, товариществе, доверенности. Говорят, что в этих случаях возникает обязательство в силу соглашения сторон, потому что нет никакой нужды ни в словах, ни в письме, но достаточно, чтобы те, которые заключают юридический акт, пришли к соглашению» (*Gai. Inst. 3.135–136*). «Контракт купли-продажи заключается простым выражением воли договаривающихся сторон... – отмечал Павел, – [если вещь еще не передана, то мы говорим, что обязательство возникает в силу простого соглашения, но это принято лишь в обязательствах, имеющих определенное название, как то: при купле-продаже, найме, поручении]» (*D. 19.4.1.2*)[22]. К числу реальных контрактов в римском праве относились заем, а также выросшие из недр фидуциарного договора ссуда, хранение, в т. ч. секвестрация, за-

[22] Цит. по кн.: Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997.

лог и, наконец, безымянные контракты, среди которых И. А. Покровский особо выделял мену и комиссию[23].

Несмотря на то, что деление договоров на консенсуальные и реальные традиционно поддерживалось отечественной цивилистической доктриной, в законодательстве оно получило прямое закрепление совсем недавно. Верно и то, что очевидной динамикой всегда отличался и сам круг консенсуальных и реальных договоров. Так, учитывая, что консенсуальная модель договора всегда выступала в качестве общего правила, реальным в ГК 1922 г. признавался лишь договор займа (см. ст. 208), и хотя здесь же (см. ст. 218, 219) предусматривался предварительный договор о его заключении в будущем, наличие предварительного договора не означало трансформации реальной модели договора займа в консенсуальную: его перфекция в любом случае связывалась с моментом передачи займодавцем денег или родовых вещей заемщику. Последующий ГК 1964 г. отнес к числу реальных договоры займа (ст. 269), безвозмездного пользования имуществом (ст. 342), перевозки груза (ст. 373), наконец, хранения (ч. 1 ст. 422), при этом договоры безвозмездного пользования имуществом и хранения могли подчиняться не только реальной, но и консенсуальной модели, в чем и состояла их универсальность (см. соотв. ч. 1 ст. 342, ч. 2 ст. 422 ГК 1964 г.). В сравнении с ГК 1922 г. и ГК 1964 г. в действующем ГК круг реальных договоров стал еще шире (во второй его части их насчитывается уже 9)[24], при этом одни договоры оказались сконструированными как исключительно реальные (рента, перевозка грузов, заем[25], банковский вклад, страхование, доверительное управление – см. ст. 583, 785, 807, 834, 957, 1012 ГК), другие же (речь идет о договорах безвозмездного пользования имуществом, финансирования под уступку денежного требования, хранения – см. ст. 689, 824, 886 ГК) либо без каких-либо ограничений, либо при определенных обстоятельствах могут быть не только реальными, но и подчиняться консенсуальной модели. Представляется, что расширение круга реальных договоров

---

[23] См.: *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 412–422.

[24] Из числа реальных договоров в ГК 1964 г. и в действующем ГК нами намеренно исключен *договор дарения*, по которому даритель *передает* имущество одаряемому. Данная конструкция только внешне напоминает реальный договор, в действительности же относится к самостоятельной группе т. н. *вещных договоров* (подробнее об этом см. ниже).

[25] В российском гражданском праве *договор займа* может существовать только как *реальный договор*, консенсуальным здесь является *кредитный договор*, по существу также опосредствующий отношения займа (ср. ст. 807, 819 ГК). Между тем некоторым законодательствам известна *единая конструкция договора займа*, который может быть как реальным, так и консенсуальным (см., напр., п. 1 ст. 715 ГК Республики Казахстан).

является следствием включения в ГК новых видов договоров, неизвестных прежним ГК, которые в условиях рыночной экономики приобрели важное значение (речь идет о договорах ренты, финансирования под уступку денежного требования, банковского вклада, доверительного управления имуществом). Впрочем, новеллы ГК РФ в области установления круга и регулирования реальных договоров можно объяснить не только включением в него ранее неизвестных законодательству РСФСР договоров, но и общей тенденцией расширения действия принципа диспозитивности в регулировании гражданских отношений.

Вообще говоря, особенности законодательного закрепления консенсуальной или реальной модели той или иной договорной конструкции могут быть различными. Консенсуальность обычно обеспечивается за счет указания на *обязанность*, поэтому в консенсуальных договорах одна сторона *обязуется совершить* в пользу другой стороны необходимое действие, при этом конкретное исполнение такой обязанности может быть как уже при самом совершении договора, так и в более позднее время. Реальная модель договора в основном обеспечивается за счет использования в определении договора глагольной формы настоящего времени «*передает*» (см. п. 1 ст. 583, п. 1 ст. 689, п. 1 ст. 807, п. 1 ст. 824, п. 1 ст. 1012 ГК). Учитывая в то же время конструктивные особенности некоторых договоров, в целях указания на их реальный характер могут использоваться и другие языковые приемы. Таковыми являются, в частности, указания на груз, *вверенный* перевозчику грузоотправителем, на *сданный* пассажиром перевозчику и удостоверенный багажной квитанцией багаж, на банк, *принявший поступившую* от вкладчика или *поступившую* для него денежную сумму, на вещь, переданную хранителю поклажедателем (см. соотв. п. 1 ст. 785, п. 1, 2 ст. 786, п. 1 ст. 834, п. 1 ст. 886 ГК), известна, наконец, и такая формулировка: «*договор страхования... вступает в силу в момент уплаты страховой премии или первого ее взноса*» (ст. 957 ГК). Приведенные примеры дают основание считать, что столь необходимая для совершения реальных договоров передача (памятуя о том, что res – вещь), тем не менее, не должна пониматься в узкоэтимологическом ее смысле – только как *передача вещи*. Помимо вещей как таковых (сдаваемого перевозчику груза, отдаваемой на хранение вещи), акт передачи, обеспечивающий реальный характер договора, может касаться денег (уплата страхового взноса или премии), а также ценных бумаг, имущественных комплексов и даже различных

имущественных прав, т. е. *res incorporales* (см. ст. 1013 ГК). Именно поэтому, несмотря на отсылочный характер правила, содержащегося в п. 2 ст. 433 ГК, упомянутая здесь *передача имущества* как в смысле передаваемого объекта, так и объективной стороны (способ передачи) должна пониматься шире того содержания *передачи вещи*, которое отражено в ст. 224 ГК.

В продолжение рассматриваемого вопроса о способах и особенностях легальной фиксации реальных договорных конструкций нельзя не обратить внимания на ту неопределенность, которая возникла сегодня вокруг некоторых договоров – договоров, казалось бы, реальных. Речь, прежде всего, идет о договорах аренды транспортных средств обеих предусмотренных законом модификаций и ренты.

Вне зависимости от того, идет ли речь об аренде транспортного средства с экипажем или без экипажа, арендодатель по договору *предоставляет* арендатору транспортное средство (см. ст. 632, 642 ГК). В. В. Витрянский, несмотря на такую формулировку, без колебаний считает *все договоры аренды* (в т. ч. и аренды транспортных средств) консенсуальными[26]. В. С. Ем, напротив, признает договоры аренды транспортных средств реальными, но в то же время, ссылаясь на ст. 198 КТМ РФ, где тайм-чартер характеризуется как консенсуальный договор, подчеркивает большее соответствие такой, консенсуальной, модели договоров транспортной аренды потребностям рыночного оборота[27]. Заметим, что в ст. 632, 642 ГК речь идет именно о *предоставлении*, но не об *обязанности предоставления*, а это как будто бы предрешает реальный характер договора аренды транспортных средств, который, кстати, смог бы послужить делу отграничения этой категории договоров от консенсуального договора фрахтования, упоминаемого в контексте договора перевозки (см. ст. 787 ГК). В то же время, поскольку используемый в диспозиции ст. 632, 642 ГК термин «*предоставляет*» с грамматической точки зрения не совпадает с той *передачей*, которая содержится в п. 2 ст. 433 ГК, учитывая принцип и целесообразность соблюдения единообразия терминов в нормах права, в стремлении сформулировать договор аренды транспортного средства в качестве реального законодателю ничто не мешало вместо термина «*предоставляет*» употребить термин «*передает*». Но вся беда в том, что это не единственное расхождение в терминах, ибо при более тщательном анализе ГК становится очевидным, что с понятием

[26] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. С. 441.
[27] См.: Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1999. Т. 2. Полутом 1. С. 390, 393.

передачи уж тем более не совпадает понятие *уступки*[28]. И уж если быть совсем последовательным, термин «*передает*» стоило бы неукоснительно использовать в определениях всех без исключения реальных договоров (в т. ч. и грузовой перевозки, банковского вклада, хранения), чего на самом деле нет. Оставляя рассмотрение данной проблемы по существу за рамками настоящей статьи, заметим одно: учитывая опыт консенсуальной четкости, содержащейся в ст. 198 и 211 КТМ РФ в определениях договоров фрахтования судна на время (тайм-чартер) и фрахтования судна без экипажа (бербоут-чартер), *de lege ferenda* такой же определенности остается пожелать и ГК.

Известной неопределенностью отличается и характер договора ренты, который многие современные авторы, ориентируясь на то, что получатель ренты *передает* (а не *обязуется передать*) имущество плательщику в собственность (см. ст. 583, 601 ГК), автоматически относят к реальным[29]. И этот договор, как и предыдущий, попытаемся рассмотреть с наиболее общих позиций, не стремясь решить вопрос о его перфекции по существу.

Относительно реального характера договора ренты *движимого имущества* сомнений не возникает: с моментом передачи имущества здесь, как правило, связываются два последствия – заключение договора и переход права собственности от получателя ренты к плательщику. Этого нельзя, однако, сказать о договоре *ренты недвижимости*. *Во-первых*, согласно п. 2 ст. 223 ГК и ст. 17 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»[30] переход права собственности на недвижимое имущество и его государственная регистрация не обусловлены требованием обязательной передачи недвижимости; *во-вторых*, между моментами надлежащего оформления рентных отношений и перехода права собственности, с одной стороны, и передачей недвижимого имущества, с другой, существуют объективные различия, а это не препятствует тому, чтобы оформление договора ренты недвижимости и переход права собственности на нее могли *предшествовать* акту ее передачи. Полу-

[28] А между тем реальный характер договора финансирования под уступку денежного требования в равной мере может обеспечиваться как за счет того, что финансовый агент здесь *передает* денежные средства клиенту, так и благодаря тому, что клиент *уступает* финансовому агенту денежное требование (см. абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК).

[29] См., напр.: Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1997. Гл. 32. С. 135 (автор – *А. П. Сергеев*); *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. Гл. 12. С. 337 (автор – *В. В. Витрянский*); Гл. 20. С. 630–633 (автор – *М. И. Брагинский*).

[30] Собр. законодательства РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

чается, что если в случаях передачи под выплату ренты движимого имущества *противопоставления вещного начала* (перехода права собственности) *обязательственному* (перфекции договора), *как правило, не возникает* (см. п. 1 ст. 223 ГК), то в случае с рентой недвижимости *вещные и обязательственные начала отличаются друг от друга* постольку, поскольку вещные начала здесь связываются не с традицией, а с актом государственной регистрации права собственности (см. п. 2 ст. 223 ГК). Учитывая, что согласно ст. 584 ГК договор ренты недвижимости подлежит государственной регистрации, нередко (а, может быть, даже как правило) одновременно с регистрацией договора регистрируется и переход права собственности на соответствующий объект недвижимости. Но в таком случае располагает ли все это к тому, чтобы до заключения договора ренты недвижимости говорить об обязательности неформальной передачи объекта недвижимости, не способной без и вне акта государственной регистрации перенести право собственности, говорить о передаче как о самой предпосылке заключения такого договора – словом, располагает ли все это к тому, чтобы признавать договор ренты недвижимости реальным? Отрицательный ответ как будто напрашивается сам собой (кстати, именно эту точку зрения в условиях действовавшего тогда законодательства и вопреки мнению большинства авторов высказал О. С. Иоффе[31]). Но так ли безупречен этот ответ и имеет ли смысл настаивать на нем, как на единственно верном?

Делу его опровержения могут послужить следующие три аргумента. *Во-первых*, в попытке обосновать реальную модель договора ренты недвижимости можно предполагать, что, поскольку в любом договоре ренты *de lege lata* получатель ренты *передает* имущество плательщику, при этом любой договор ренты требует нотариального удостоверения, а договор ренты недвижимости – еще и государственной регистрации (см. ст. 584 ГК), постольку, даже если оба эти акта в договоре ренты недвижимости состоялись, но передача имущества не произошла, договор ренты нельзя признать заключенным. При этом как верно то, что здесь нет договора ренты, нет никаких оснований и для того, чтобы не считать такой договор *договором «с отодвинутым эффектом»*, вступление которого в силу и преодоление той самой отодвинутости в ожидаемом эффекте как раз и обеспечивает акт передачи недвижимости. Такой вывод согласуется с диспозитивной ре-

[31] См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. С. 293–294.

дакцией п. 3 ст. 433 ГК: договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, *если иное не установлено законом*; это «*иное*» как раз имеет место в реальном договоре ренты недвижимости, момент заключения которого всегда связан не только с государственной регистрацией, но еще и с передачей имущества (это уже отмечалось выше в контексте критического осмысления позиции М. И. Брагинского). *Во-вторых*, *de lege lata* по проблеме момента заключения договора ренты недвижимости высказываться уже приходилось, как, кстати, и *de lege ferenda* мы предложили признать универсальным правило п. 2 ст. 564 ГК, отметив целесообразность его включения в ст. 551 ГК[32]. Последовательное продолжение этой мысли может привести к выводу о необходимости универсализации правила п. 2 ст. 564 ГК не только в рамках гл. 30 ГК, но и за ее пределами и, в частности, его распространении на отношения, регулируемые гл. 33 ГК. Но если это так, то, даже не принимая в расчет, что согласно ГК получатель ренты *передает* плательщику имущество, сто́ит ли, основываясь на одной лишь несвязанности момента перехода права собственности на недвижимость с ее передачей, так уж отстаивать консенсуальную модель договора ренты недвижимости? Ответ, как видно, напрашивается отрицательный. Наконец, *в-третьих*, в ответ на только что поставленный вопрос можно задать другой, едва ли не самый важный при характеристике договора ренты вопрос: соответствует ли консенсуальная модель договора ренты интересам рентополучателя? Принимая во внимание особенности субъектного состава в некоторых случаях договора ренты (см., например, § 3, 4 гл. 33 ГК), как и функциональное предназначение института ренты в целом, и на этот, последний, вопрос надлежит дать отрицательный ответ, ибо можно предположить, что реальный характер договора ренты является дополнительной гарантией интересов получателей ренты, которые, в самый последний момент воздержавшись от передачи имущества, могут отказаться от заключения уже оформленного нотариально и надлежащим образом зарегистрированного договора. Договор ренты, прошедший государственную регистрацию, но не опосредствованный актом передачи имущества, не будет считаться заключенным, он потому и не сможет выступить в качестве основания перехода права собственности и так и останется договором «*с отодвинутым эффектом*».

[32] См.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Указ. соч. С. 147–148, 195, 197–198.

Деление договоров на консенсуальные и реальные представляет собой классификацию договоров, строгость (жесткость) которой обеспечивалась бы двумя условиями: *во-первых*, если бы такое деление распространялось на все без исключения договоры и целиком охватывало их, дифференцируя на договоры консенсуальные и реальные; во-вторых, если бы все гражданские договоры определенно принадлежали к конкретной классификационной рубрике, т. е. являлись либо консенсуальными, либо реальными и не могли бы относиться к той и другой рубрике одновременно. Однако строгости деления договоров на консенсуальные и реальные препятствует уже тот объективный факт, что сама оппозиция <консенсуальный–реальные> (договор), не являясь дихотомической (подобно известным договорному праву оппозициям <односторонний–взаимный>, <возмездный–безвозмездный>, <условный–безусловный>, <срочный–бессрочный>), потенциально не исключает существования и иных групп договоров, момент совершения которых связывается с чем-то иным, отличным от простого соглашения или соглашения и передаточного действия. В подтверждение того, что деление договоров на консенсуальные и реальные носит частный, а не универсальный характер, остановимся на *договорах, совершаемых в момент государственной регистрации*, и на так называемых *вещных договорах*. В указанной последовательности и рассмотрим их.

При осмыслении п. 1 и 2 ст. 433 ГК не следует забывать о существовании в этой же статье уже, кстати, упоминавшегося только что п. 3, где говорится: «Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом». Данное правило, закрепляющее принципиально иной момент перфекции договора (в частности, оно касается договоров продажи жилых помещений и предприятия – см. п. 2 ст. 558, п. 3 ст. 560 ГК), является поводом для выделения особой, третьей, категории договоров, которые в одном из исследований было предложено именовать *региструмальными* (от лат. *registrum* – регистрация)[33]. А между тем по действующему гражданскому законодательству государственная регистрация сделки имеет двоякое значение, это, в свою очередь, имеет непосредственный выход на вопрос о последствиях несоблюдения правил государственной регистрации, а также на ин-

[33] См.: *Болтанова Е. С.* Договор купли-продажи недвижимости (общие положения): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2001. С. 6, 11.

тересующий нас вопрос о классификации договоров по моменту их заключения.

По общему правилу государственная регистрация договора носит *конститутивный характер* в том смысле, что выступает в качестве необходимой *предпосылки его заключения* (см. п. 3 ст. 433 ГК). Отсюда следует, что несоблюдение требования о государственной регистрации договора влечет его *незаключенность* (см. п. 2 ст. 558, п. 3 ст. 560, п. 2 ст. 651, п. 2 ст. 658 ГК и др.), которую следует иметь в виду и во всех тех случаях, когда законодатель, устанавливая обязательность государственной регистрации договора, не определяет последствия невыполнения этого требования (см., в частности, п. 3 ст. 574, ст. 584, п. 2 ст. 609 ГК). Как раз такие договоры, процесс заключения которых требует обязательной государственной регистрации достигнутого сторонами соглашения и вместе с тем не связан с необходимостью совершения действия по передаче имущества, и следует выделять в особую группу, противопоставляя их и консенсуальным, и реальным договорам: от первых их отличает необходимость государственной регистрации достигнутого сторонами соглашения, от вторых – свобода от совершения передаточного действия. *Таким образом, если перфекция консенсуальных договоров всегда определяется одним лишь соглашением сторон, реальных – соглашением и передачей, а в ряде случаев (например, в договоре ренты недвижимости) еще и актом государственной регистрации договора, то перфекция рассматриваемой категории договоров всегда определяется двумя актами: соглашением сторон и государственной регистрацией договора, совокупность которых и обеспечивает их автономию и своеобразие.* Однако в некоторых случаях, являющихся исключениями, государственная регистрация договора, не имея конститутивного значения, выступает в качестве *условия действительности* совершенного договора, а потому ее несоблюдение влечет *ничтожность* договора. Именно это – специальное – последствие и указывается в п. 1 ст. 165 ГК, а сами упоминаемые здесь «*случаи, установленные законом*» подлежат особому закреплению и иногда действительно предусматриваются законом (см. п. 3, 4 ст. 339 ГК). Такие сделки не обособляются в самостоятельную группу и не противопоставляются консенсуальным и реальным договорам.

Предложенное толкование п. 1 ст. 165 ГК в части, относящейся к регистрации сделок, имеет принципиальное значение, учитывая существующее различие между *недействительностью* и *незаключенностью* сделки. Недействительная сделка не порождает тех правовых

последствий, на которые она направлена и которые возникают из действительной сделки, но если хотя бы одна сторона исполнила такую сделку, применяются последствия, предусмотренные соответствующими статьями § 2 гл. 9 ГК. В свою очередь незаключенная сделка, по точному выражению Н. В. Рабинович, – *правовое «ничто»*[34], все переданное по ней подлежит возврату в порядке виндикации (см. гл. 20 ГК) или как неосновательное обогащение (см. ст. 1102 ГК).

Другую самостоятельную группу договоров, отличающихся от договоров и реальных, и консенсуальных, образуют т. н. *вещные договоры*, а наиболее типичным и простым их представителем является договор дарения, по которому даритель *передает* одаряемому имущественное благо. Вопрос о природе дарения является весьма дискуссионным. В римском классическом праве дарение (*donatio*) вообще не имело статуса самостоятельной сделки, представляя особую цель (*donandi causa*) сделок с реальным или с обязательственным эффектом[35]. В русском гражданском праве дарение, по которому происходила немедленная передача вещи, рассматривалось только как специфический внедоговорный способ приобретения права собственности, как институт, который может иметь как договорное, так и внедоговорное происхождение, наконец, всегда как договор[36]. В ГК 1922 г. дарению была посвящена единственная статья – 138-я, при этом отсутствие в ней возможности определить момент заключения этого договора не могло не вызвать разноречий по вопросу его относимости к числу консенсуальных[37] или реальных[38]. Последующий ГК 1964 г. в ч. 2 ст. 256 императивно закрепил, что договор дарения считается заключенным в момент передачи имущества, но уже действующий ГК предусмотрел двоякую его модель, согласно одной из них даритель *передает*, а согласно другой – *обязуется передать* другой стороне имущество (см. п. 1 ст. 572 ГК).

Договор дарения, по которому осуществляется *немедленная передача* блага, именно по этой причине рассматривается многими авто-

---

[34] См.: *Рабинович Н. В.* Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 21.

[35] См.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 175–176; *Дождев Д. В.* Римское частное право. М., 1996. С. 609.

[36] См. соотв.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. СПб., 1890. С. 27; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. Ч. 1. С. 241, сноска; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 336.

[37] См., напр.: Гражданское право: В 2 т. / Под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М., 1944. Т. 2. С. 41; Советское гражданское право: В 2 ч. / Под ред. В. А. Рясенцева. М., 1961. Ч. 2. С. 52; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Л., 1961. Т. 2. С. 139.

[38] См., напр.: Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред. С. Н. Братуся. М., 1951. Т. 2. С. 53.

рами как реальный. Однако такой подход сталкивается с проблемами двоякого рода. Прежде всего специфика современного статуса договора дарения, по сравнению с его статусом в предыдущих кодификациях, связана с тем, что подарить сегодня можно вещь или имущественное право, подарок, наконец, возможен и в виде освобождения от обязанности, при этом для оформления договоров дарения разного рода *res incorporales* (имущественных прав требования и обязанностей) используются конструкции цессии, перевода и прощения долга. Но уже это говорит о том, что здесь нет не только передачи *res* (*incorporales*), но нет также и передачи в смысле ст. 224 ГК. Кроме того, договор дарения такого вида не направлен на возникновение обязательства, а потому и говорить о нем следует в контексте так называемого *договора-сделки*, который тем и отличается от реальных договорных обязательств, что вообще, не создавая для сторон каких-либо обязанностей, имеет *не обязательственный, а вещный характер*, т. е. является *вещным договором*[39].

Давно известная идея существования вещных договоров продолжает сохранять свою актуальность, сегодня в их числе упоминают некоторые случаи соглашений об установлении сервитута, а также договоры между публичными образованиями и унитарными предприятиями о закреплении за последними имущества на праве хозяйственного ведения[40]. Некоторые авторы в числе вещных относительных правоотношений называют договор о совместной деятельности (простого товарищества), из которого, по их мнению, возникают не обязательственные, а вещно-правовые отношения[41]. Представляется, что перечень вещных договоров при определенных условиях и оговорках может пополниться и за счет договора финансирования под уступку денежного требования (см. гл. 43 ГК). Помимо того, что данный дого-

---

[39] Конструкцию *вещного договора* не следует смешивать с т. н. *договором с вещным эффектом*. В вещном договоре (дарения) право собственности переходит в момент передачи вещи (традиции), которая всегда совпадает и с *моментом заключения* договора, и с моментом одновременного *его прекращения*. Особенность договора с вещным эффектом (например, купли-продажи) состоит в том, что право собственности здесь переходит не по системе традиции (т. е. не в момент передачи вещи), а по *консенсуальной системе* (т. е. в момент заключения договора, а потому *до и независимо от передачи*), при этом заключение такого договора ввиду его консенсуальности не обусловлено актом традиции.

[40] См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. С. 395–396; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М., 1997. Гл. 4. С. 224–228 (автор – *М. И. Брагинский*); *они же.* Договорное право. Кн. 2. Гл. 12. С. 336–340 (автор – *В. В. Витрянский*).

[41] См.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. М. К. Сулейменова, Ю. Г. Басина. Алматы, 2000. Гл. 15 (§ 1), 21, 27. С. 342, 437, 563, 581 (автор – *М. К. Сулейменов*).

вор может быть как реальным, так и консенсуальным, главная его особенность заключается в том, что его реальная модель *одинаково может обеспечиваться за счет передаточных действий, совершаемых любой из сторон, что, в свою очередь, и обеспечивает универсальность его реальной модели.* Но при наличии двух условий: *во-первых*, если передача денег со стороны финансового агента и уступка требования со стороны клиента *одновременно выступили в качестве единой предпосылки заключения договора*; *во-вторых*, если при этом никаких более обязанностей стороны друг перед другом не несут, данный договор приобретает очевидный *безобязательственный характер*, а это, по крайней мере, уже не позволяет отнести его к категории реальных договоров. В защиту этого заметим, что исключить одномоментность совершения сторонами передаточных действий в данном случае теоретически вряд ли возможно: как верно то, что реальность договора в данном случае одинаково обеспечивается передаточными действиями любой стороны, не менее справедливо другое: ни передача денег, ни уступка требования, совершаемые в целях заключения договора, *не корреспондируют тому, что в результате заключенного тем самым договора контрагент непременно должен быть обязанным совершить встречное предоставление.* Да и в п. 2 ст. 433 ГК для заключения реального договора говорится о необходимости *передачи имущества*, но *это не значит и отсюда не следует, что такая передача обязательно должна быть односторонней.* Для заключения реального договора *односторонний характер передачи является только общим правилом, к тому же односторонняя передача самодостаточна для заключения реального договора и для обеспечения его реального характера,* и это неудивительно: сам закон в основном всегда связывает заключение реального договора с передаточными действиями конкретной стороны. Но коль скоро договор финансирования под уступку денежного требования выступает исключением из этого общего правила, *отмеченная универсальность реальной модели договора при двух указанных выше условиях способна вовсе устранить его реальный характер.*

Проблематичность отнесения договоров к числу консенсуальных или реальных имеет место отнюдь не всегда. Нет сомнений в консенсуальном характере тех договоров, которые вообще не связаны с передачей чего-либо, ибо сам факт отсутствия имущественной передачи автоматически исключает одну из двух обязательных предпосылок заключения реального договора, а значит и какие-либо альтернативы и конкуренцию консенсуальной модели. Так, по практическим

соображениям, весьма непросто сформулировать в качестве реальных разнообразные договоры о возмездном оказании услуг (см. гл. 39 ГК), в частности, договоры перевозки пассажира, комиссии и агентирования, по которым комиссионеру или агенту не передается имущество (см. гл. 51, 52 ГК) и мн. др. И все же, поскольку данные договоры всегда носят возмездный характер, их реальность теоретически можно было бы связать с совершением денежного предоставления (уплатой стороной, заинтересованной в получении услуги, денежной суммы – см. ст. 781, п. 1 ст. 786, 991, 1006 ГК). В отношении некоторых договоров, например, договора об организации грузовых перевозок (см. ст. 798, 799 ГК), безвозмездного договора поручения, по которому поверенному не передается имущество (см. абз. 1 п. 1 ст. 972 ГК), реальную модель следует исключить не только практически, но и теоретически. Заметим также, что такая «строгость», по всей видимости, может касаться только некоторых специфических консенсуальных договоров, ибо едва ли существуют сходные случаи, когда бы не вызывал сомнений реальный характер договора: учитывая, что реальными признаются договоры, момент заключения которых совпадает во времени с моментом передачи имущества, при этом передача имущества является необходимым элементом его заключения, едва ли не любому (впрочем, скажем мягче, – многим) из поименованных в ГК договоров, связанных с передачей имущественных благ, в принципе и потенциально можно было бы придать реальный характер. Тем не менее, и прошлое, и действующее законодательство по каким-то причинам конструирует как реальные лишь некоторые договоры. Все это обязывает обратиться к вопросу о причинах существования и сохранения на современном этапе деления договоров на консенсуальные и реальные, определению и обоснованию единых исходных мотивов, по которым одни договоры признаются заключенными уже в момент согласования всех существенных условий, тогда как для других требуется еще и передача имущества. Этот вопрос вызывает немалые трудности, не случайно, что подавляющее большинство исследователей и источников не только не дают на него ответа, но даже не стремятся его обозначить, при этом само выделение консенсуальных и реальных договоров, как правило, воспринимается как должное и само собой разумеющееся.

Первое впечатление от знакомства с консенсуальными и реальными договорами, усиленное замечанием М. И. Брагинского, согласно которому «консенсус – минимум необходимого для договора, а пере-

дача вещи – дополнение к нему, необходимое лишь для определенных видов (типов) договоров»[42], благоприятствует следующему выводу: обязательственный динамизм, столь необходимый в условиях развитой экономики, более обеспечивается за счет консенсуальных договоров, тогда как договоры реальные, как «*менее поворотливые*», если не сказать «*тормозят*», то уж точно не способствуют гражданскому обороту. Но если это так, то почему в гражданском законодательстве реальные договоры не только сохраняются, но круг их расширяется?

Деление договоров на консенсуальные и реальные берет свое начало в римском праве, там же и следует искать его корни. «Строгий формализм, – писал в свое время И. А. Покровский, – был колыбелью первых контрактов; форма обеспечивала хрупкому для того времени содержанию договора юридическое существование»[43]. Вслед за этим автор отмечает, что первоначальный обмен «совершался путем непосредственной передачи вещей из рук в руки и никаких обязательств между сторонами не создавал: нет никаких обязательств до передачи – простое обещание обменяться еще обязательного значения не имеет; нет никаких обязательств и после передачи – с актом передачи всякие отношения между сторонами окончены. Обязательственный элемент обмена, – продолжает он, – всецело поглощается в вещно-правовом акте передачи вещи»[44]. Не является здесь исключением, как отмечает автор, и древняя *mancipatio*, также лишенная обязательственного компонента. Приведенное благоприятствует выводу о том, что в модели консенсуального договора обязательственный момент (составляющая) превалирует над вещным моментом, ибо согласно первому (обязательственному) и основываясь на нем, второе (вещное) можно потребовать, реализовав тем самым свое субъективное право, или, отказавшись от этого права, простить тем самым обязанному лицу долг. Скажем более: в консенсуальных договорах вещного может не быть вообще, если соответствующий договор не направлен на отчуждение имущества или вообще не имеет к нему никакого отношения и сводится только к праву требования совершения какого-либо нематериального действия. В реальных обязательствах, напротив, уже потому, что здесь всегда речь идет об имуществе, передаваемом одним лицом другому, вещное начало приводит договор в действие, а потому доминирует над обязательственным его элементом. Главенство вещного над обяза-

[42] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. С. 315.
[43] *Покровский И. А.* Указ. соч. С. 384.
[44] Там же.

тельственным здесь обеспечивается еще и тем, что обязательственное начало не способно обеспечить достижение вещного эффекта. Получается, что содержательная сторона консенсуальных контрактов, представленная как и содержание всякого правоотношения совокупностью прав и обязанностей участников, «богаче» и «сильнее» тех конкретных благ, по поводу которых возникает договор, в реальных же договорах, напротив, она «*беднее*» и «*слабее*» ввиду главенства конкретного имущественного блага.

М. И. Брагинский – один из немногих авторов, который пытается объяснить существование в современном гражданском праве консенсуальных и реальных договоров, исходит из следующего. «Конструирование того или иного договора как реального или, напротив, консенсуального, – пишет он, – зависит от того, в чем выражается *интерес каждой из сторон и какова соответственно цель договора... Если данная цель состоит в получении вещи, в работе или в услуге и соответственно в вознаграждении*, указанное действие (по передаче вещи, выполнению работ, уплате вознаграждения или оказанию услуг) становится предметом договора. И тогда законодатель формирует договор как консенсуальный. В остальных случаях, когда предметом договора служит *совершение определенных действий по отношению к имуществу* (курсив везде наш. – *Б. Х., В. Р.*), законодатель выбирает модель реального договора»[45]. В приведенном суждении не очень ясен сам критерий выбора модели консенсуального или реального договора, к тому же оно едва ли находит подтверждение в феномене универсальных договоров, которые могут быть заключены как по консенсуальной, так и по реальной модели. В оспаривание изложенной позиции, конечно же, могут быть приведены и другие соображения. Поэтому дело здесь, видимо, не в этом, а может быть, и не только или не столько в этом. Во второй книге «Договорное право» М. И. Брагинский вновь обращается к вопросу о мотивации законодателя при выборе им консенсуальной или реальной конструкции того или иного договора, отмечая, что наиболее характерной для гражданского оборота является модель консенсуального договора. «Необходимость в конструкции реального договора появляется тогда, – пишет он, – когда законодатель считает необходимым *защитить ту из сторон, которой предстоит передать вещь другой стороне*. Это связано с тем, что при консенсуальном договоре сторона может понудить контраген-

[45] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. С. 315.

та исполнить в натуре эту принятую им на себя обязанность (передать вещь)... Следует в целом отметить, – продолжает он далее, – что не случайно реальный договор характерен именно для *фидуциарных, притом длящихся договоров* (курсив везде наш. – *Б. Х., В. Р.*)»[46].

В контексте осмысления проблемы момента заключения договора ренты недвижимого имущества нам уже приходилось задаваться вопросом, насколько *консенсуальная или реальная модель рентных отношений может быть выгодна или невыгодна участникам соответствующих отношений*. Выбор законодателя, сделанный в пользу реальной модели договора и ориентированный на интересы получателей ренты, действительно, мог бы послужить неплохим объяснением того, почему в ст. 583 ГК, имеющей значение общего правила, законодатель предпочел использовать характерный для реальных договоров термин «передает».

В свою очередь, договоры грузовой перевозки и хранения, по всей видимости, являются реальными потому, что обладателем главного интереса и получателем услуги здесь выступает грузоотправитель и поклажедатель, один из которых заинтересован в обеспечении транспортировки груза, другой – в сохранности вещи. Предпочтительность этого – юридического – интереса перед главным образом экономическими интересами соответствующих услугодателей, позволяет говорить *только о праве* грузоотправителя или поклажедателя на заключение договора, но *не об их обязанности* заключить договор. Поэтому даже вообразив себе, что договоры перевозки груза и хранения вместо реального вдруг приобретут консенсуальный характер, главное останется неизменным: и перевозчик, и хранитель здесь по-прежнему будут лишены права на истребование груза (вещи) от грузоотправителя (хранителя). Ввиду отсутствия у перевозчиков (хранителей) *юридического интереса* в передаче им соответствующего имущества принцип реального исполнения соответствующего обязательства не может и не будет действовать, а защиту их экономических интересов обеспечивает только институт *возмещения убытков*. Примечательно, что сделанный вывод полностью опирается на п. 1 ст. 888 ГК, свидетельствующий об отсутствии в консенсуальном договоре хранения привычной и традиционной корреспонденции между правами и обязанностями сторон. Все сказанное верно и в отношении договора доверительного управления имуществом, в котором услугу (а вместе с ней и юридиче-

[46] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. С. 632.

ский эффект) получает сторона, передающая имущество (учредитель управления) или третье лицо (выгодоприобретатель), но не сторона, принимающая это имущество. Сказанное в целом можно распространить и на договор банковского вклада, реальный характер которого обеспечивается приоритетом юридических интересов вкладчиков в обеспечении сохранности и прироста денежной массы. Несмотря на то, что, в отличие от перевозчика и обычного хранителя, банк считается собственником денежных средств, переданных ему вкладчиками, даже если по каким-то причинам договор банковского вклада вдруг оказался бы консенсуальным, банк все равно был бы лишен возможности побудить вкладчика исполнить заключенный договор посредством внесения денежной суммы. Да и как банк смог бы истребовать денежную сумму, размер которой для ее внесения на вклад определяется исключительно усмотрением вкладчика или третьего лица (см. п. 1 ст. 834, 841, 842 ГК)?! Все отмеченное располагает к следующему выводу: *подобные договоры просто не имеет смысла конструировать как консенсуальные. Консенсуальная модель договора не применяется здесь ввиду ее неэффективности, ибо она просто не оправдывает себя и не обеспечивает такое основное назначение и преимущество консенсуальной модели, как обеспечение в результате реализации заинтересованным лицом принадлежащего ему субъективного права реального исполнения обязательства.*

Кстати, все названные договоры объединяют две общие черты: *во-первых*, получателем услуги здесь выступает *сторона, передающая имущество или третье лицо* (грузоотправитель, грузополучатель, вкладчик, поклажедатель, учредитель управления, выгодоприобретатель); *во-вторых*, юридическая сущность подобных услуг состоит в последующем возврате услугополучателю первоначального имущества или согласованного имущественного эквивалента. Именно это и располагает к однообразному объяснению их реального характера. Но это, однако, не все. Кажется бесспорным тот факт, что при перевозке чужого имущества по договору грузовой перевозки, при управлении имуществом по договору доверительного управления, при его хранении по одноименному договору, а равно в других подобных случаях (в частности, в договорах банковского вклада, безвозмездного пользования) для возникновения обязанности по возврату этого имущества во всех случаях прежде необходимо осуществить его передачу, совершение которой и знаменует заключение соответствующего договора. В противном случае, если бы передаточное действие не предшествовало

заключению договора, перевозчик, банк, доверительный управляющий, хранитель, ссудополучатель становились бы обязанными вернуть имущество, даже не получив его. Именно поэтому во всех перечисленных случаях реальная конструкция договора используется постольку, поскольку именно в ней более заинтересованы стороны, получающие чужое имущество на условиях последующего его возврата. Особо подчеркнем, что если выше юридическому интересу услугополучателей, передающих свое имущество, был противопоставлен экономический интерес получающих это имущество услугодателей, в данном случае речь уже идет о юридическом интересе лиц, получающих чужое имущество на условиях его последующего возврата.

Последнее суждение, видимо, можно распространить и на договор займа, который, как и договор безвозмездного пользования имуществом и в отличие от договоров грузовой перевозки, банковского вклада, доверительного управления и хранения, не только юридически, но и экономически ориентирован на заемщика, т. е. на сторону, принимающую имущество[47]. Но если это так, то не логичнее ли в противовес договорам грузовой перевозки, безвозмездного пользования имуществом, доверительного управления, наконец, хранения было бы сконструировать договор займа по консенсуальной модели, наделив заемщика правом требования суммы займа в соответствии с заключенным договором? При уяснении и объяснении момента заключения договора займа по действующему ГК едва ли спасает ситуацию логика, основанная на морально-этических установках, согласно которой традиционно реальный характер договора займа, а значит, и отсутствие у заемщика права требовать от займодавца предоставления суммы долга, производна от частой беспроцентности заемных отношений. По крайней мере, законодатель всегда был далек от того, чтобы сделать возмездные договоры займа консенсуальными, а безвозмездные (беспроцентные) – реальными. Остается одно: обоснованность реального характера договора займа обеспечивается тем же, что уже указывалось выше: обязанность по возврату суммы долга для заемщика может возникнуть лишь в том случае, если он получил соответствующий заем, напротив, в условиях, когда деньги или родовые вещи не переданы и вплоть до момента их получения, ни о какой обязанности заемщика не может быть и речи. С одной стороны, именно на это рассчитано тра-

[47] В договоре безвозмездного пользования имуществом ссудодатель вообще не имеет экономического интереса, а в договоре займа экономический интерес займодавца имеется лишь в том случае, если договор возмездный (процентный заем).

дициионное правило об оспаривании договора займа по его безденежности (см. ст. 217 ГК 1922 г., ст. 271 ГК 1964 г., ст. 812 действующего ГК), предусматривающее в качестве последствия при положительном для заемщика исходе дела незаключенность договора или его заключенность на ином условии о количестве. С другой стороны, защиту экономических и юридических интересов заемщика в такой ситуации лучше обеспечивает реальная, а не консенсуальная модель договорных отношений.

На фоне общей логичности приведенных суждений сложнее ответить на ряд других вопросов. Почему, например, в отличие от договоров банковского вклада и доверительного управления, безусловно подчиняющихся только реальной модели, договор хранения является реальным только по общему правилу, ибо при определенных обстоятельствах может подчиняться консенсуальной конструкции? Почему подобный дуализм присутствует и в договорах безвозмездного пользования имуществом и финансирования под уступку денежного требования, притом в еще более ярком и диспозитивном выражении?[48] Наконец, если учитывать только сущность займа и кредита, который, по крайней мере, как экономическая категория, также представляет собой заем, то как и чем объяснить реальность займа и консенсуальность кредитного договора, принимая во внимание, что по обоим этим договорам обязанность по возврату денег не может возникнуть, если займодавец не передал денег, а заемщик соответственно их не получил. Перечень подобных вопросов можно легко умножить. Учитывая, однако, существенную специфику каждого реального договора, предопределяющую его общие характеристики, основные параметры и конструктивные особенности, а потому не стремясь разобраться в поставленных вопросах по существу, попытаемся дать на них лишь наиболее общий ответ. По-видимому, для дифференциации договоров по кри-

[48] Мы умышленно не называем в этом ряду договор грузовой перевозки, имея в виду, что договор фрахтования (см. ст. 787 ГК, 117 КТМ), являющийся консенсуальным, по существу не является договором грузовой перевозки, т. к. ни его легальное определение, ни содержание не соответствуют легальной дефиниции договора перевозки груза, согласно которой *перевозчик обязуется перевезти вверенный ему груз.* Договор же фрахтования для его заключения не предусматривает вручение груза морскому перевозчику. Передача и принятие груза оформляется коносаментом, подтверждающим договор перевозки (см. ст. 117 КТМ). В. В. Витрянский справедливо обращает внимание на отличие предмета обязательства, вытекающего из договора фрахтования (чартера), каковым являются *действия фрахтовщика по предоставлению всей или части вместимости транспортного средства на один или несколько рейсов* (см.: *Витрянский В. В.* Понятие и виды договора перевозки. Система договоров перевозки // Хоз-во и право. 2001. № 1. С. 61).

терию момента их заключения наряду с основополагающим принципом диспозитивности и свободы договора необходимо учитывать целый ряд заслуживающих внимания обстоятельств, в т. ч. сферу использования конкретного договора, участвующих в нем субъектов, преследуемые участниками договора цели и мн. др.

Вообще говоря, соотношение между моментами возникновения договорных прав и обязанностей, с одной стороны, с другой – совершаемыми в связи с договором действиями, которое непосредственным образом и предопределяет оппозицию *<консенсуальный–реальный>* (договор), зависит от конкретной предусмотренной законом договорной конструкции, а потому оно не может быть предметом соглашения сторон в том смысле, что консенсуальный договор нельзя перевести в реальный и наоборот, по крайней мере, не нарушив при этом *«чистоты»* самой договорной конструкции и не выйдя за ее рамки. «Сделки одного и того же типа, – писал в свое время О. С. Иоффе, – являются либо консенсуальными, либо реальными, но они не могут быть и консенсуальными и реальными одновременно»[49]. И все же на современном этапе в условиях заметно усилившего свои позиции принципа диспозитивности единый тип договора иногда может *«расщепляться»*, подчиняясь либо реальной, либо консенсуальной модели, при этом выбор конкретной модели нередко отдается на усмотрение заинтересованным лицам, действующим, исходя из соображений предпочтительности того или другого варианта. Правом на подобный выбор без каких-либо ограничений наделены потенциальные участники договора безвозмездного пользования имуществом и финансирования под уступку денежного требования (см. соотв. п. 1 ст. 689 и п. 1 ст. 824 ГК), право на подобный выбор имеют и желающие совершить договор хранения, но лишь при том непременном условии, если хранитель является профессиональным (см. п. 2 ст. 886 ГК). Сказанное располагает к выводу, что если в одних случаях свобода выбора сторонами модели договора не оказывает какого-либо влияния на сам договор и на его действительность, в других – установленные законом ограничения в выборе модели договора в случае их нарушения могут обусловить недействительность договора (см., в частности, п. 2 ст. 886 ГК).

И все же чаще консенсуальная или реальная модель договора, будучи сформулированной *императивно*, не может быть изменена соглашением сторон. Представляет интерес следующее на этот счет су-

[49] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Л., 1958. С. 207.

ждение М. И. Брагинского. «Контрагенты, – пишет он, – не могут по собственной инициативе трансформировать договор, который в соответствии с законом является консенсуальным, в реальный договор либо, наоборот, реальный в консенсуальный. Если они все же поступят подобным образом, то выйдут за рамки соответственно выделенного в ГК, ином законе либо другом правовом акте договора и к отношениям сторон должны применяться статьи общей части обязательственного права, нормы, применяемые в порядке аналогии закона и аналогии права»[50]. Приведенное суждение, вполне логичное на первый взгляд, едва ли может быть признано безупречным, поскольку перевод консенсуального договора в разряд реальных никак не следует отождествлять с переводом реальных договоров в число консенсуальных ни с точки зрения общей оценки такого перевода, ни с точки зрения тех последствий, которые называет автор.

Дело в том, что консенсуальная модель договора выступает в качестве общего правила, тогда как реальная, будучи исключением, сформулирована лишь для некоторых договоров и притом *прямым указанием закона* (см. п. 2 ст. 433 ГК). Из этого следует, что к числу консенсуальных договоров потенциально может относиться и действительно относится любой предусмотренный законом договор, для которого в качестве исключения не установлена реальная модель его совершения, сюда же относится и любой непоименованный договор, ибо невозможность его подчинения реальной модели, всегда прямо предусматриваемой законом, будет исключать сама его непоименованность. Поскольку круг *реальных договоров, таким образом, может устанавливаться только законом*, постольку и договор, преследующий цель перевести консенсуальный договор в число реальных, способен лишь создать *видимость реальной конструкции* (т. н. *quasi*-реальную конструкцию), но он не в силах обеспечить ее в действительности. Иначе говоря и строго следуя буквальному смыслу п. 2 ст. 433 ГК, консенсуальность такого договора будет сочетаться с тем, что предусмотренное в нем в качестве *«запускающего договор механизма»* передаточное действие внешне будет напоминать сделку, совершенную под отлагательным условием (см. п. 1 ст. 157 ГК). Однако из ст. 157 ГК и смысла содержащихся в ней правил, учитывая, что недобросовестное воспрепятствование или содействие наступлению условия связано с известными правовыми последствиями (см. п. 3 ст. 157

[50] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. С. 315.

ГК), неизбежен следующий вывод: условие в условных сделках должно быть неизвестным *для всех участников правоотношения*, а потому условие должно относиться либо к событию, либо к действиям третьих лиц, но никак не самих участников сделки. В нашем же договоре неизвестность, напротив, носит односторонний характер, ибо намерения стороны, которой предстоит совершение передаточного действия (а потому и конечный результат – совершится оно или нет), вполне и достаточно известны ей самой и неизвестны только для ее контрагента.

Противоположная попытка перевода реального договора в разряд консенсуальных вообще исключена в принципе. Дело в том, что реальный договор, как предусмотренное законом исключение, просто признается не существующим до того момента, пока в соответствии с договором «*с отодвинутым эффектом*» не произойдет передача (т. е. вплоть до момента накопления соответствующего юридического состава), при этом соответствующий императив стороны не могут изменить своим соглашением. Переводить реальный договор в разряд консенсуальных на этапе договора «*с отодвинутым эффектом*» невозможно потому, что такой договор не порождает прав и обязанностей и исключает действие обеспечительного механизма, к тому же без и вне передачи он вообще остается весьма далеким от сферы права. В свою очередь, договариваться о переводе реального договора в консенсуальные после состоявшейся передачи уже поздно: реальный договор состоялся, и никакое соглашение не способно изменить момент его заключения. Вот почему тот же договор займа объективно не может считаться заключенным до передачи денег или родовых вещей. Стороны могут заключить предварительный договор о предоставлении займа в будущем (ср. ст. 218, 219 ГК 1922 г.), что, однако, никак не меняет того, что договор займа будет считаться заключенным в момент передачи денег или родовых вещей.

IV

Действия, необходимые для заключения реального договора, следует отличать от так называемых *конклюдентных действий*[51]. Учитывая при этом, что конклюдентные действия – понятие более широкое в сравнении с действиями по передаче имущества, следует сразу

[51] <Лат.> – различные действия или волеизъявления, совершенные молча, на основании которых можно или нужно судить о подлинной воле действующего, даже если он ее не высказал словами (см.: *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 129).

же оговориться, что при изучении в рамках настоящей статьи поставленной проблемы мы остановимся не на любых конклюдентных действиях, а лишь на тех из всего их многообразия, которые, как и передача, необходимая для перфекции реального договора, совершаются *в виде передачи имущества*. Сравнительное сопоставление передачи, совершаемой для заключения реального договора, и конклюдентных действий интересно и целесообразно осуществить в рамках договора купли-продажи и обсуждения известной проблемы возможности этой классической консенсуальной конструкции подчиняться реальной модели.

По вопросу о том, может ли консенсуальный договор купли-продажи в некоторых случаях и проявлениях быть реальным, нет единства мнений, но зачастую нет и достаточной определенности и логической завершенности в предлагаемых суждениях. Хотя, по общему правилу, данный вопрос находит свое отрицательное разрешение, а безусловная консенсуальность договора купли-продажи большинством авторов под сомнение не ставится, само его обсуждение и встречающееся положительное решение связывается с договором розничной купли-продажи, обладающим известной спецификой, в т. ч. и в вопросах его совершения[52].

В конце 50-х гг. в условиях действовавшего в то время законодательства и ведомственных инструкций Б. С. Антимонов писал: «Договор купли-продажи в розничном магазине самообслуживания... заключается... в момент одобрения представителем магазина продажи отобранной покупателем партии товара... Заключение договора состоялось... в тот момент, когда контролер-кассир подсчитывает стоимость покупки...»[53]. В период действия ГК 1964 г. отмечалось, что момент, с которого договор розничной купли-продажи считается совершенным, определяется различно в зависимости от его разновидностей и техники торговли. Так, если покупатель самостоятельно (при самообслуживании) или вместе с продавцом отбирает нужный ему товар и это сопровождается выпиской товарного чека или устным заявлением покупателя, это и есть момент, с которого такой договор надлежит считать совершенным[54]. Ссылки на договор розничной купли-продажи, совершаемый методом самообслуживания, в целях обосно-

[52] Анализ различных суждений о моменте совершения договора розничной купли-продажи см. в кн.: *Львович Ю. Я.* Охрана интересов покупателя. М., 1966. С. 92–103.

[53] *Антимонов Б. С.* Возникновение права собственности у покупателя при новых формах розничной торговли в советских магазинах // Учен. зап. ВИЮН. М., 1959. Вып. 9. С. 96.

[54] См.: Гражданское право: В 2 т. / Под ред. П. Е. Орловского, С. М. Корнеева. М., 1970. Т. 2. Гл. 1. С. 22 (автор – *Н. П. Волошин*).

вания существования реального договора купли-продажи встречаются и по сей день[55]. У некоторых авторов реальность договора купли-продажи, как видно, ассоциируется с самим совпадением моментов совершения и исполнения договора. Так, прежде чем привести пример с приобретением товара в магазине самообслуживания О. П. Зименкова пишет: «В некоторых случаях при совпадении момента заключения и момента исполнения договор может считаться реальным»[56].

М. В. Кротов верно подчеркивает: «Не следует смешивать фактическое исполнение сделки с моментом ее возникновения. Так, стороны вправе договориться о том, что передача вещи по договору купли-продажи может совпасть с моментом заключения договора, однако такое соглашение не делает договор купли-продажи реальным»[57]. На недопустимость смешения *соглашения*, направленного на *возникновение* правоотношения, с одной стороны, с другой – *исполнения*, направленного на *прекращение* правоотношения, как на типичную ошибку, указывает В. А. Тархов[58]. Сходной позиции придерживается В. В. Витрянский[59] и значительное число других авторов. Много раньше на это же обращал внимание О. С. Иоффе. «Не следует при этом, – писал он, – смешивать порядок совершения конкретных сделок с тем, как они объективно могут быть совершены. Например, при заключении договора купли-продажи за наличный расчет совершение сделки совпадает во времени с передачей проданных вещей и покупной цены. Но от этого договор купли-продажи не становится реальной сделкой. В реальных сделках передача вещи выражает их заключение, а в консенсуальных сделках – исполнение. Передача вещи в порядке исполнения консенсуальной сделки может совпасть, но не обязательно должна совпадать во времени с моментом ее совершения. Передача вещи в реальной сделке выражает тот факт, что сделка состоялась, и потому обязательно должна совпасть во времени с моментом ее совершения»[60]. Приведенное в то же время не помешало О. С. Иоффе заметить, что, учитывая специфику работы торгующих организаций, перфекцию договора надлежит связывать с моментом *отобрания вещи*

---

[55] См., напр.: Гражданское право. Ч. 2. Обязательственное право / Под ред. В. В. Залесского. М., 1998. Гл. 1. § 2. С. 6 (автор – *О. П. Зименкова*); § 9. С. 53–54 (автор – *В. А. Язев*).

[56] Там же. С. 6.

[57] Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1996. С. 196.

[58] См.: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Чебоксары, 1997. С. 218.

[59] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 2. С. 15.

[60] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Л., 1958. С. 207; *он же.* Советское гражданское право. М., 1967. С. 266.

самим покупателем или по его просьбе продавцом. И все же автор явно предпочел оставить в стороне вопрос о влиянии действий по отбору (индивидуализации) товара на квалификацию такого договора купли-продажи как консенсуального или реального[61]. Более последовательно по этому поводу высказывается сегодня И. В. Елисеев. «Договор купли-продажи, – пишет он, – всегда является консенсуальным, поскольку считается заключенным с момента, когда стороны достигли соглашения по всем существенным условиям. Подчас заключение и исполнение договора (т. е. передача товара) могут совпадать во времени. Но это не колеблет общего правила, поскольку закон не считает передачу товара обязательным условием заключения договора»[62]. Далее, особо анализируя вопрос о перфекции договора розничной купли-продажи, он отмечает, что его приуроченность в силу прямого указания закона (см. ст. 493 ГК) к моменту оплаты товара *de facto* расходится с идеей консенсуальности («оплата товара и достижение соглашения между сторонами, – верно указывает он, – это не одно и то же»[63]), однако *de jure*, отмечает автор, по всей видимости, действует особая юридическая фикция, в силу которой оплата всегда понимается как состоявшееся соглашение сторон, при этом ее небезупречность все же сочетается с определенными положительными качествами[64].

При обозначении собственной позиции по данной проблеме следует обратить внимание на то, что классификация договоров на реальные и консенсуальные покоится *на теоретическом учении о необходимых и достаточных предпосылках заключения договора, а не на возможных вариантах и путях его практической реализации*. Рассуждая о том, могут ли договоры купли-продажи подчиняться модели реальных договоров, т. е. заключаться только после совершения действия по передаче имущества, «*запускающего*» договорный механизм, следует прежде всего исключить так называемые сделки, *исполняемые при самом их совершении* (см. п. 2 ст. 159 ГК). Тесная связь между моментами совершения и исполнения таких договоров вовсе не делает действия по передаче имущества необходимыми предпосылками перфекции договора, а сами эти договоры не переводит из разряда консенсуальных в реальные. Договоры, исполняемые при самом их совершении, в основном представляют собой наиболее простой или, по

[61] *Иоффе О. С.* Обязательственное право. С. 222.
[62] Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 5.
[63] Там же. С. 46.
[64] Там же.

крайней мере, не столь сложный в экономико-правовом отношении акт (например, приобретение гражданами за наличный расчет недорогих предметов). Однако в то же время и с таким же успехом можно предположить существование данного договора в условиях, когда моменты его совершения и исполнения не совпадают по времени (например, передача товара продавцом после его очередного поступления в магазин, оплата товара в день получения покупателем заработной платы или соглашение покупателя с продавцом о предоставлении кредита и т. д.). Поскольку совершение тех или иных действий здесь может быть легко приурочено как к моменту совершения договора, так и к более позднему моменту (от чего сама конструкция купли-продажи никак не изменится), постольку речь идет всего лишь *о многообразных формах исполнения договорного обязательства, возникшего без совершения какого-либо действия*, а вовсе не о необходимых предпосылках его совершения, которые, кстати, ввиду самой их необходимости, не способны к свободной и произвольной динамике во времени по усмотрению сторон. Понятно, что в сделках, исполняемых при их совершении, различие между реальными и консенсуальными договорами становится менее рельефным и очевидным по сравнению с теми договорами, в которых этапы их совершения и исполнения не совпадают. Однако общий признак *разорванности во времени*, предполагая отделенность (или отдаленность) во времени этапа совершения договора от этапа его исполнения, состоит из частного признака *функциональной связи* между названными этапами и *временно́го* признака. Учитывая это замечание, *сделки, исполняемые при самом их совершении*, едва ли верно было бы рассматривать как сделки, *совершение и исполнение которых совпадают во времени*: за внешним сходством данных явлений их все же нельзя признать тождественными. Думается, что в сделках, исполняемых при самом их совершении, исполнение хотя и тесно связано с совершением, все же *следует за ним*. В то же время ничтожно малая разница во времени *не позволяет противопоставить в таких сделках этапы их совершения и исполнения*, а *максимально тесная функциональная связь* между ними имеет гражданско-правовое значение, поскольку позволяет совершать их большинство в упрощенной – устной – форме, если иное не установлено соглашением сторон или законом (см. п. 2 ст. 159 ГК).

Сложнее в тех случаях, когда сам закон связывает заключение договора купли-продажи (и впереди всех здесь, действительно, находится договор розничной купли-продажи) с совершением некоторых

действий. Так, несмотря на то, что согласно п. 1 ст. 492 ГК «по договору розничной купли-продажи продавец... обязуется передать покупателю товар», в то же время особо подчеркивается, что по общему правилу «договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара» (ст. 493 ГК), более того, без каких-либо исключений признается, что «договор розничной купли-продажи с использованием автоматов считается заключенным с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара» (п. 2 ст. 498 ГК). Отсюда логичен вопрос – нет ли противоречия между формулировками п. 1 ст. 492 ГК, с одной стороны, с другой – ст. 493 и п. 2 ст. 498 ГК в том смысле, что в общем определении заложена идея консенсуальности, тогда как специальные по характеру правила, напротив, похоже, ориентируют на реальный характер договора купли-продажи? Первое обращение к правилам, изложенным в ст. 493 и п. 2 ст. 498 ГК, располагает к положительному ответу на этот вопрос. Как верно то, что согласно ст. 493 ГК договор розничной купли-продажи, как правило, считается заключенным *с момента выдачи продавцом покупателю документов, подтверждающих оплату товара*, справедливо и другое: выдачу платежных документов вряд ли можно предполагать без состоявшегося факта оплаты покупателем приобретенного им товара, а потому и сама заключенность данного договора очевидно поставлена в зависимость именно от *факта оплаты*. Более наглядно обязательный предпосылочный характер действий по оплате проявляет себя в договоре розничной купли-продажи с использованием автоматов (см. п. 2 ст. 498 ГК), в котором без каких-либо комментариев отношения подчинены жесткой формуле *<нет оплаты — нет и договора>*. И с максимальной рельефностью реальные черты договора розничной купли-продажи как будто бы проявляются во всех случаях его заключения методом самообслуживания: его возникновение здесь возможно только при условии совершения покупателем действий по выбору товара, а потому формула *<нет оплаты — нет договора>* усиливается дополнительным предпосылочным элементом: *<нет выборки вещи и последующей оплаты — нет договора>*.

И все же признание отмеченных случаев договора купли-продажи реальными договорами возможно лишь на первый взгляд. В действительности же никакого внутреннего противоречия между

формулировками п. 1 ст. 492 ГК, с одной стороны, с другой – ст. 493 и п. 2 ст. 498 ГК нет, правила, содержащиеся в ст. 493 и п. 2 ст. 498 ГК, не противоречат смыслу п. 1 ст. 492 ГК и не колеблют тезис о консенсуальности договора розничной купли-продажи. А все дело в том, что договор розничной купли-продажи заметно отличается на фоне всех прочих видов договора купли-продажи. *Во-первых*, данный договор представляет собой правовую форму удовлетворения массовых некоммерческих потребностей граждан и юридических лиц (см. п. 1, 3 ст. 492 ГК). *Во-вторых*, вследствие этого он объективно подчинен сильным публичным началам, подтверждением чего являются публичная оферта и публичный характер договорных отношений (см. п. 2 ст. 492, ст. 494 ГК)[65]. Наконец, *в-третьих*, все это, в свою очередь, предопределяет особый характер взаимоотношений между продавцом товара и покупателем: продавцу принадлежит *публичная активность* в вопросах реализации товаров в розницу, для чего он использует самые разнообразные способы и методы торговли (см., в частности, ст. 497, 499, 501 ГК), включая и те, которые имеют сугубо техническую природу и проявление (см. ст. 498 ГК), покупателю же для вступления с продавцом в договор достаточно лишь присоединиться к стандартным его условиям, при этом разнообразие способов и методов ведения торговли (суть публичной оферты) объективно предполагает *не меньшее разнообразие вариантов ее акцепта покупателями*.

Отмеченные особенности договора розничной купли-продажи позволяют ответить на вопрос, почему при всей очевидной близости данного договора к категории реальных договоров на самом деле он остается консенсуальным. Как указывалось выше, в реальных договорах существуют два самостоятельных этапа – *согласовательный и передаточный*. Иначе обстоит дело в договоре розничной купли-

[65] Силу публичных начал, заложенных законодателем в конструкции договора розничной купли-продажи, наглядно иллюстрирует следующее. Известно, что реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, при отсутствии оговорки об ином рассматриваются как *предложения делать оферты* (см. п. 1 ст. 437 ГК), при этом характерная воля лица в адрес неопределенного круга лиц заключить договор со всяким, кто отзовется, наряду с указанием в предложении всех существенных условий договора признается *публичной офертой* (см. п. 2 ст. 437 ГК). В договоре розничной купли-продажи публичная оферта имеет место *уже при выставлении товаров в месте их продажи, демонстрации их образцов или предоставлении о них сведений*, причем *независимо от указания на цену и другие существенные условия:* самый факт присутствия товара у продавца не будет иметь силу и значение публичной оферты, только если продавец явно определил, что товар не предназначен для продажи (см. п. 2 ст. 494 ГК).

продажи: действие, совершаемое покупателем (будь то отбор товара в магазине самообслуживания, оплата покупной цены в кассу продавца, совершение действий, необходимых для получения товара из автомата и т. д. и т. п.), – это всегда *единственный способ выражения воли покупателя на заключение договора в отношении стандартного товара* (правильнее сказать – на вступление в публичный договор посредством присоединения к нему). Точно такая же ситуация имеет место и в договоре энергоснабжения с участием в нем абонента-*гражданина*, который считается заключенным с момента первого *фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети* (см. п. 1 ст. 540 ГК). Это, однако, не колеблет правило о консенсуальности данного договора, заложенное в п. 1 ст. 539 ГК, и не противоречит ему. В самом деле, тот же покупатель, приобретая товар в магазине самообслуживания, проявляет свою волю на заключение договора посредством совершения действий по выбору интересующего его товара и его последующей оплаты, поскольку никаким другим способом он объективно не может совершить покупку в данной торгующей организации. Процесс формирования воли потенциального покупателя в магазине самообслуживания может быть длительным, ибо вплоть до момента оплаты покупатель может неоднократно отказываться от тех или иных выбранных товаров в пользу других, он может, наконец, не выбрать ничего вообще. Понятно, что договор будет заключен, если покупатель проявит на то свою волю посредством выбора товара и его последующей оплаты, если же покупатель так ничего и не выберет, продемонстрировав тем самым свое нежелание вступить в договорные отношения, договор так и останется незаключенным ввиду отсутствия выраженного согласия покупателя. В другом случае покупателю, контактирующему с продавцом не прямо, а через принадлежащий последнему автомат – техническое устройство, «*реагирующее*» на стандартную команду (последовательность команд), вообще невозможно выразить свою волю на приобретение содержимого данного автомата иначе, как совершив определенные механические манипуляции (опустив монету, нажав кнопку, подставив стакан, например, при покупке через автомат газированной воды и т. п.), акцептуя этими действиями выраженную при помощи технического устройства оферту[66].

[66] Следует заметить, что признание оферентом владельца автомата, а акцептантом покупателя, сегодня согласуется с п. 2 ст. 498 ГК. Однако Б. С. Антимонов в свое время отмечал, что «если

Все отмеченное располагает к выводу, что указанные действия покупателя (выбор товара, уплата денег в кассу или в автомат и т. д.) надлежит рассматривать не только (или точнее) не столько с *физической* точки зрения, сколько с точки зрения *психологической* и *юридической*, с позиций т. н. *конклюдентных* действий. Сделанный вывод находит свое подтверждение в правиле п. 2 ст. 158 ГК, согласно которому «сделка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, *когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку*». Все это, в свою очередь, в обход общего правила выступает в качестве *специфических случаев акцепта публичной оферты*. Если все же настаивать на том, что указанные действия в договоре розничной купли-продажи представляют собой самостоятельный (наряду с акцептом оферты) акт, необходимый для заключения данного договора, а значит, настаивать на признании данного договора реальным, возникают значительные сложности с объяснением самостоятельности такой универсальной предпосылки совершения любого (в т. ч. и реального) договора, как акцепт оферты. Получается, таким образом, что *действие действию рознь*. В одном случае действие является конклюдентным и, выступая в качестве специфического способа выражения воли, свидетельствует о намерении лица совершить консенсуальную сделку, а значит, имеет сугубо *психологическую (субъективную)* природу. В другом же случае этого нет, ибо совершаемое действие опирается на уже состоявшийся этап согласования воль участников и является конститутивным элементом в процессе заключения реального договора. На этом и основывается их противопоставление и различие гражданско-правовых функций.

Вообще говоря, сущность конклюдентных действий в литературе в основном определяется однозначно: под ними понимаются действия лица, получившего предложение, «...из которых можно сделать заключение о принятии предложения (конклюдентные действия) и при наличии которых, по общепринятым взглядам, не требуется уведомления лица, сделавшего предложение...»[67]. «Молчаливое (косвен-

запас товара, вложенный в автомат, исчерпан или механизм поврежден, то договор не возникает. Считая же и в этом случае оферентом торгующее предприятие, пришлось бы признать, что оно иногда делает предложение вступить в договор, исполнить который заведомо не может (ввиду исчерпания запаса в автомате или его неисправности)» (*Антимонов Б. С.* Указ. соч. С. 87).

[67] *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950. Гл. 2. С. 164 (автор – *И. Б. Новицкий*). Следует отметить, что наряду с конклюдентными автор особо выделяет *дейст-*

ное) изъявление воли, – писал Ю. Барон, – происходит путем действий, которые преследуя самостоятельные цели дают тем не менее возможность достоверно заключить о намерении изъявления воли (т. н. *facta concludentia*, выразительные действия)»[68]. «Волеизъявление, – столь же определенно писал о косвенном выражении воли в конклюдентных действиях Л. Эннекцерус, – не должно обязательно выражаться в поведении (в словах, действиях), направленном прямо на выражение этой воли... воля может быть также выражена косвенно, посредством слов или действий... из которых можно заключить о наличии воли совершить сделку (конклюдентные действия, *facta concludentia*). Мы потому различаем прямые и косвенные... волеизъявления»[69]. Опровергая точку зрения, согласно которой в конклюдентных действиях воля субъекта находит свое косвенное (опосредственное) выражение, О. А. Красавчиков писал: «В действительности косвенным является не волеизъявление, но наше заключение относительно содержания воли лица, которая нашла свое выражение в его действиях»[70]. Впрочем, отдельные авторы идут так далеко, что называют конклюдентными сами договоры, заключаемые с помощью конклюдентных действий[71]. Учитывая, что консенсуальные и реальные договоры именуются таковыми, исходя из способа их заключения, против наимено-

---

вия, означающие начало исполнения договора. Смысл последних состоит в том, что как только лицо, получившее предложение, в котором оферент отказывается от получения уведомления о его (предложении) принятии и предоставляет возможность немедленно приступить к исполнению договора, приступает к такому исполнению, договор считается заключенным в этот момент. В качестве примера приводится отправка товара продавцом в адрес покупателя в ответ на предложение заключить договор, по которому продавец должен отправить товар в адрес покупателя, при этом отмечается, что момент заключения договора здесь совпадает с моментом его исполнения (там же). По нашему мнению, едва ли имеются основания для разграничения этих двух видов действий, имеющих в качестве единого правового результата заключение договора. Е. А. Фарнсворт, полагающий, как и И. Б. Новицкий, что акцепт может заключаться в словах или ином поведении, включая при некоторых обстоятельствах *начало исполнения* или даже подготовку к исполнению, тем не менее не выделяет наряду с этими действиями также действия, именуемые конклюдентными (*Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М., 1988. С. 77).

[68] Система римского гражданского права профессора Барона. Вып. 1. Кн. 1. Общая часть. М., 1898. С. 138.

[69] *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. М., 1950. Т. 1. Полутом 2. С. 145.

[70] *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 101. В другом более позднем источнике конклюдентные действия автор предпочитает называть *реальными действиями* (см.: Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. Т. 1. С. 223).

[71] См.: Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало, В. А. Плетнева. С. 349.

вания *«конклюдентный договор»*, который также основан на способе его заключения, особых возражений нет.

Исходя из правового значения конклюдентных действий и передачи имущества при заключении реальных договоров, а также и иных последствий этих действий, можно установить положения, являющиеся для них как общими, так и отличными.

1) Конклюдентные действия представляют собой одностороннее волеизъявление лица, которому направлено предложение заключить договор на выраженных в оферте условиях, в виде совершения им дозволенных юридических действий, вызывающих правовой результат. Отсюда конклюдентные действия – это особая форма акцепта и *односторонняя сделка* (см. ст. 155, 156 ГК). Традиция по своей юридической природе, напротив, представляет собой *двустороннюю сделку*.

2) Конклюдентные действия в виде передачи имущества и традиция вызывают переход от традента к приобретателю *физического владения* имуществом.

3) Конклюдентные действия, совершенные в соответствии с условиями оферты, имеют значение ее акцепта, в связи с чем договор считается заключенным; такое же значение в реальных договорах имеет традиция, соответствующая предшествовавшему ей соглашению. Исходя из этого, юридическая общность конклюдентных действий и передачи состоит в том, что совершение тех и других знаменует перфекцию договора, но если в первом случае речь идет о перфекции *консенсуального договора*, во втором – о перфекции *договора реального*. При этом путем совершения конклюдентных действий могут быть заключены лишь такие сделки, для совершения которых не требуется письменного оформления волеизъявления (исключение установлено нормой п. 3 ст. 434 ГК)[72].

4) Конклюдентные действия в виде передачи имущества выполняют одновременно две функции: *во-первых*, уже отмеченную функ-

[72] Интересную ситуацию можно себе представить, когда в ответ на просьбу об одолжении некоторой суммы денег займодавец перечисляет указанную сумму оференту на его счет в банке. Следует ли оценивать действия займодавца как конклюдентные или рассматривать в качестве состоявшейся передачи в ходе заключения реального договора займа? Ответ на этот вопрос лишен практического значения: договор займа – классический реальный договор, тогда как конклюдентные действия – способ выражения согласия на заключение консенсуального договора на условиях оферты.

цию акцепта оферты, а значит, *фиксации заключения договора*, являющегося основанием для перехода права собственности, *во-вторых*, функцию *перенесения права собственности по договору*, направленному на этот результат. Эти же функции характерны и для передачи, совершаемой в процессе заключения реального договора.

5) Путем совершения конклюдентных действий в виде передачи имущества право собственности переходит к оференту *в момент совершения этих действий*, если иное не предусмотрено офертой (и *только офертой*, так как совершающий конклюдентные действия акцептант не может вносить этими действиями изменения в условия оферты и потому не может самостоятельно изменить момент перехода права собственности). Учитывая, что совершение конклюдентных действий по передаче имущества индивидуализирует вещь, сама оферта может содержать условия об изменении правила п. 1 ст. 223 ГК в двух направлениях: право собственности может переходить *уже в момент совершения договора* (хотя с точки зрения *временно́го* признака этот вариант едва ли будет отличаться от общего правила) либо в какой-либо иной *более поздний момент*. По реальному договору (это уже отмечалось выше) диспозитивную норму п. 1 ст. 223 ГК из-за отсутствия полного основания перехода права собственности невозможно изменить по направлению «*назад*» и, как правило, невозможно по направлению «*вперед*» (имеется в виду в первом случае приурочение момента перехода права собственности к любому моменту, предшествующему акту передачи, во втором – к любому моменту, следующему за ним).

Как видно, между конклюдентными действиями в виде передачи имущества и традицией в процессе заключения реального договора имеется, пожалуй, больше общего, чем отличий. *Однако несомненной особенностью конклюдентных действий является то, что только консенсуальные договоры могут быть заключены путем их совершения.*

Теоретические вопросы деления договоров на консенсуальные и реальные в представленном в настоящей статье комплексном аспекте, насколько мы можем судить, еще не были предметом изучения в отечественной цивилистической литературе. Принятое в гражданском праве деление договоров на консенсуальные и реальные в основном воспринимается как само собой разумеющееся и традиционно не под-

вергается сколько-либо серьезному осмыслению. Можно смело утверждать, что обращение к оппозиции <консенсуальное–реальное> носит единичный характер, поскольку имеет место при обсуждении вопросов (реже – проблем) перфекции конкретного договора и практически никогда не выходит за рамки одного отдельно взятого договорного института на более или менее общий уровень.

Между тем связанные с данной классификацией гражданско-правовых договоров вопросы и их решение имеют не только научное, но и практическое значение. Если в той или иной степени нам удалось познать это, будем считать поставленную задачу выполненной.

ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА*

Договор является важнейшим основанием возникновения и функционирования обязательств. 95 % обязательств возникают из договоров. Такая роль принадлежит договору в любой экономической системе, в которой существуют товарно-денежные отношения. Особенно велика роль договора в условиях рыночной экономики и перехода к рыночным отношениям. «В условиях рынка производство и обмен приводятся в движение не распорядительными актами органов управления, а личной заинтересованностью и инициативой людей»[1], получающей выражение в форме договора.

Одной из важнейших задач правовой системы и прежде всего гражданского права является обеспечение стабильности, устойчивости договоров и возникающих на их основе обязательств. Стабильность договора – необходимое условие устойчивости гражданского оборота, опосредуемого множеством различных договоров.

В советский период стабильность договора была связана с плановым характером экономики. Договоры между социалистическими организациями заключались в основном на основании административно-плановых актов, исполнение которых признавалось обязательным, а, следовательно, обязательным являлось и исполнение договоров, основанных на этих актах. Исполнение договоров трактовалось

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Изменение и расторжение гражданско-правового договора // Состояние и проблемы развития российского законодательства: Сб. статей / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1998. С. 88–95. – *Прим. ред.*

[1] Гражданское право / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1993. Т. 2. С. 44.

прежде всего в качестве обязанности перед государством, а уже потом и перед контрагентом.

Было бы немалой натяжкой утверждать, что в этот период реально осуществлялся принцип – договоры должны исполняться, но ошибочным было бы и утверждение о неустойчивости договоров, договорных обязательств.

Стабильность гражданского оборота и опосредствующих его договоров поддерживалась на определенном уровне прежде всего методами административно-командного характера. Нарушение договора между социалистическими организациями расценивалось как невыполнение планового задания со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Неудивительно, что в ГК 1964 г. не содержалось общих норм о расторжении и изменении договора.

Правила ст. ст. 169 и 234 едва ли составляли исключение, имея в виду, что ст. 169 не допускала одностороннего отказа от исполнения обязательства и **одностороннего** изменения договора, а ст. 234 связывала возможность прекращения или изменения обязательств с изменением плановых актов. Отсутствовали в кодексе 1964 г. и общие нормы о возможности изменения и расторжения договора по соглашению сторон, что главным образом было связано с плановым характером договоров между социалистическими организациями.

Основания прекращения обязательств предусматривались гл. 20 ГК 1964 г.

Изменение и расторжение договора и изменение и прекращение обязательств, несомненно, неоднозначные категории, но между ними существует определенная связь. Однако нельзя их отождествлять, в связи с чем, вероятно, некорректно при рассмотрении вопроса о расторжении и изменении договора вместо анализа оснований, порядка и последствий изменения и расторжения договора излагать основания прекращения обязательств. В ГК РФ нормы о прекращении обязательств и об изменении и расторжении договора помещены в разных главах – 26 и 29 соответственно.

Категории «прекращение обязательств» и «расторжение договора» нельзя подменять одну другой. Во-первых, обязательства возникают не только из договоров, но и из других оснований. Во-вторых, расторжение договора по соглашению сторон или по требованию одной стороны всегда представляет собой акт выражения воли сторон или стороны, в последнем случае воли стороны может быть недоста-

точно, если требуется судебное решение. Прекращение же обязательств не всегда связано с волевыми действиями сторон. ГК предусматривает и такие основания прекращения обязательств, как, например, невозможность исполнения, наступившая вследствие обстоятельства, за которое ни одна из сторон не отвечает (ст. 416), на основании акта государственного органа (ст. 417), вследствие смерти должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника, или смерти кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора (ст. 418). Так, в силу ст. 581, по общему правилу права одаряемого, которому по договору дарения обещан дар, не переходят к его наследникам. Следовательно, в случае смерти одаряемого обязательство дарения прекращается.

Итак, расторжение договора всегда представляет собой действие, направленное на достижение именно этой цели, то есть договор может быть расторгнут на основании сделки, направленной на прекращение его действия.

Прекращение обязательства возможно как на основании действий, направленных на достижение этой цели, то есть на основании сделки (отступное, зачет, новация), так и на основании иных юридических фактов, не связанных с волеизъявлением сторон.

Прекращение действия договора не всегда приводит и к прекращению обязательства. Так, прекращение действия договора вследствие истечения срока его действия не влечет автоматически прекращения обязательства. Например, согласно п. 3 ст. 425 законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательства по договору. Если в договоре отсутствует такое условие, обязательство признается действующим до окончания исполнения его. Это правило о том, что с истечением срока действия договора обязательство автоматически не прекращается, если такое последствие не установлено законом или договором, имеет важное значение.

Если бы действовало иное правило, то в случае ненадлежащего исполнения договора, срок действия которого истек, другая сторона была бы лишена возможности предъявлять к контрагенту требование об исполнении в натуре в соответствии с п. 1 ст. 396 ГК. Согласно п. 1 ст. 396 уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Эта норма диспозитивная, иное может быть предусмотрено законом или договором.

Кстати отметить, что нормы гл. 26 о прекращении обязательств не связывают прекращение обязательства с истечением срока действия договора.

Изменение договора – это изменение его условий о сроке, цене, количестве и т. д. При изменении договора обязательство, возникшее на его основании, сохраняется, но в измененном виде, с измененным содержанием, то есть с измененными правами и обязанностями сторон. Например, стороны договорились об изменении количества товара, подлежащего поставке, или изменении вида транспорта, которым товар должен быть отправлен покупателю. Соответственно изменяются их права и обязанности.

Расторжение договора влечет за собой прекращение обязательства, которое возникло из договора (п. 2 ст. 453). Таким образом, расторжение договора – одно из оснований прекращения обязательства.

По своей правовой природе изменение и прекращение договора – это действия, направленные на достижение определенной цели, то есть это сделки. Эти сделки, как и иные юридические сделки, должны отвечать всем требованиям, предъявляемым к совершению сделок и их действительности, в том числе требованиям о форме. Наряду с общими правилами о форме сделок ст. 452 в п. 1 устанавливает специальное правило, а именно: соглашение об изменении и расторжении договора должно быть совершено в той же форме, в какой был заключен договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное. Если, например, договор аренды удостоверен нотариально, то и его изменение или расторжение также должно быть оформлено нотариально.

Расторжение и изменение договора по взаимному соглашению – наиболее приемлемая форма прекращения его действия или изменения обязательства и не требует особых суждений о порядке совершения этого акта. Другое дело – последствия этого акта и, в частности, вопрос о его обратной силе, которые определены в п. 3 ст. 453 ГК.

В случае изменения или расторжения договора обязательства считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения сторон об изменении или расторжении договора. Норма эта диспозитивная. Иное может быть предусмотрено соглашением, то есть по общему правилу изменение и расторжение не имеет обратной силы.

Расторжение и изменение договора по соглашению сторон вполне совместимы с принципом свободы договора и не противоречат положению о том, что гражданское законодательство должно обеспечивать устойчивость, стабильность гражданского оборота, а следовательно, и договоров, опосредствующих этот гражданский оборот.

Исходя из этого, до́лжно признать обоснованным правило ст. 450 ГК, согласно которому изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК, другими законами или договором. Как следует понимать «если иное не предусмотрено ГК...»? Полагаю, что «иное» следует толковать не в том смысле, что нормативно или договором может быть установлено запрещение изменения или расторжения договора по соглашению сторон. Представляется, что «иное» в данном случае означает возможность изменения и расторжения договора не только по соглашению сторон, но и по требованию одной из сторон. Это подтверждается нормами пп. 2 и 3 ст. 450 ГК, согласно которым возможно изменение и расторжение договора по требованию одной из сторон. Естественно, что одностороннее изменение или расторжение договора должно быть ограничено определенными рамками. Такие ограничения обусловлены двумя обстоятельствами: 1) недопустима отмена по воле одной стороны того, что согласовано по воле сторон; 2) неограниченная возможность вне нормативных и договорных пределов одностороннего изменения и расторжения договора способна подорвать устойчивость не только гражданского оборота в целом, но и стабильность конкретных договоров.

Наибольший научный и практический интерес представляет изменение и расторжение договора по заявлению одной стороны – как основания, так и порядок изменения и расторжения договора.

Можно выделить 4 группы оснований, предусмотренных разделом III ГК РФ – «Общая часть обязательственного права».

1. Существенное нарушение договора другой стороной. Определение существенности нарушения согласно ст. 450 ГК основано на экономическом критерии: если ущерб, понесенный потерпевшей стороной, таков, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. В этом случае потерпевшая сторона при сохранении договора может получить убытки в виде упущенной выгоды или понести расходы. Понятие существенности в этой статье не раскрывается, его должен определить суд.

Но в некоторых случаях существенность нарушения определяется иначе, путем указания содержания нарушения. Так, в ст. 523 ГК определены существенные нарушения договора поставки поставщиком (п. 2) и покупателем (п. 3). К анализу ст. 523 вернемся позднее.

2. Другое основание изменения и расторжения договора по одностороннему требованию обозначено в п. 2 в следующей формулировке: в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором. Основания изменения и прекращения, предусматриваемые в договоре, не должны противоречить закону, иным правовым актам. За этими пределами какие-либо ограничения не установлены. Так, например, ст. 619 ГК предусматривает основания расторжения договора аренды по требованию арендодателя. Перечень оснований не закрытый. Договором могут быть установлены и другие основания в соответствии с п. 2 ст. 450 ГК. В Комментарии к Гражданскому кодексу РФ (часть вторая, под ред. О. Н. Садикова) указывается, что другие основания «...во всяком случае, должны быть связаны с существенными нарушениями обязательств со стороны арендатора». Представляется, что такое ограничение не следует из п. 2 ст. 450. В п/п. 2 п. 2 говорится: «в иных случаях, предусмотренных Кодексом, другими законами или договором». Почему нельзя, например, включить в договор условие, которое не представляет собой нарушения обязательств арендатором, скажем, когда объект аренды необходим самому арендодателю, и точно оговорить условия?

В ГК используется также понятие «прекращение договора» (ст. ст. 977, 1002, 1024). В ГК нет специальной нормы, квалифицирующей юридическое значение прекращения договора, аналогичной норме п. 3 ст. 450, определяющей значение отказа от исполнения договора. По-видимому, в этом нет и необходимости, так как прекращение договора следует понимать как прекращение его действия. Характерно, что юридические факты, с которыми связывается прекращение договоров поручения, комиссии, доверительного управления имуществом, во многом сходны или даже совпадают, что следует объяснить доверительным характером этих договоров (поручения и доверительного управления имуществом – безусловно, а что касается договора комиссии, то и в нем имеются элементы доверительного характера). Прекращение договора в указанных случаях не связывается с истечением срока его действия, и в этом усматривается особенность, заключающаяся в том, что в этих случаях прекращение договора означает и прекращение соответствующих прав и обязанностей сторон.

3. Следующее основание изменения и расторжения договора по заявлению одной стороны сформулировано в п. 3 ст. 450: односторонний отказ от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон.

4. Наконец, в качестве отдельного основания изменения и расторжения договора ст. 451 ГК называет существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора.

В большинстве случаев, когда ГК допускает изменение и расторжение договора по заявлению одной из сторон, оно формулируется в нормах об отдельных видах договоров (ч. 2 ГК) как право отказаться от исполнения договора частично или полностью. Согласно п. 3 ст. 450 при частичном отказе договор считается измененным, а при отказе – полностью расторгнутым. Но речь идет о правомерном отказе, то есть когда отказ допускается законом или соглашением сторон. Например, в п. 1 ст. 463 установлено, что покупатель вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи, если продавец отказывается передать покупателю проданный товар; п. 2 ст. 475 – покупатель вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи в случае существенного нарушения требований к качеству товара; п. 3 ст. 484 – если покупатель неправомерно не принимает товар или отказывается его принять, продавец вправе потребовать от покупателя принять товар или отказаться от исполнения договора.

Право стороны отказаться от исполнения договора предусмотрено в ряде других статей ГК – 480, 486, 509, 515, 533, 577, 719 и др.

Право одной стороны отказаться от исполнения договора связывается, как правило, с неполучением от другой стороны встречного предоставления по двустороннему договору. Это право базируется на общей норме п. 2 ст. 328. Однако частью второй ГК предусмотрены также и случаи отказа от исполнения договора не в связи с неполучением встречного исполнения. Например, ст. 717 предоставляет заказчику по договору подряда право отказаться от исполнения договора в любое время до сдачи ему результата работы, но обязывает его уплатить подрядчику часть установленной цены пропорционально части выполненной работы.

Наряду с правом отказа от исполнения договора в ГК используется и такое понятие, как право стороны отказаться от договора. Так, статьи 715 и 716 признают за заказчиком и подрядчиком соответственно право отказаться от договора подряда при наличии указанных в них обстоятельств. Согласно ст. 782 ГК как заказчик, так и исполни-

тель вправе отказаться от договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов или соответственно возмещения заказчику убытков. Имеются основания считать право отказаться от договора правом на расторжение договора. В подтверждение можно сослаться на ст. 782 ГК, которая помещена под заголовком «Одностороннее расторжение договора возмездного оказания услуг», а в тексте говорится об отказе от договора.

В использовании ГК наряду с понятием отказа от исполнения договора понятия отказа от договора нельзя усмотреть нарушения принципа единства терминологии при обозначении однопорядковых явлений.

Отказ от договора, как и отказ от исполнения договора, хотя и равнозначен по содержанию расторжению договора, но отличается от отказа от исполнения договора по основаниям. Отказ от исполнения договора, как правило, реакция одной из сторон в связи с непредоставлением другой стороной встречного исполнения по договору. Право каждой из сторон требовать исполнения базируется на обязанности предоставления другой стороны.

Отказ стороны от договора в одних случаях связывается с неисполнением каких-то обязанностей другой стороной (например, п. 3 ст. 716 ГК признает за подрядчиком право отказаться от договора, если заказчик не заменит непригодные или недоброкачественные материалы, оборудование, техническую документацию и т. д.). В других случаях отказ одной из сторон от договора не связывается с какими-то нарушениями договора другой стороной (например, отказ от договора возмездного предоставления услуг – ст. 782 ГК).

Исключительно практически важным, но не всегда ясно решаемым нормативно является вопрос о порядке одностороннего изменения и расторжения договора.

Согласно п. 2 ст. 450 ГК по требованию одной стороны договор может быть изменен или расторгнут по решению суда. Означает ли это, что только в судебном порядке может быть изменен и расторгнут договор по заявлению одной стороны? Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к анализу п. 3 ст. 450 и некоторых норм ч. 2 ГК.

Пункт 3 ст. 450 гласит: «В случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным». Следует обратить внимание на слова «...договор считается... расторгнутым или измененным». Как

их следует понимать? Действует ли и в этом случае судебный порядок или внесудебный порядок расторжения или изменения договора?

Представляется, что п. 3 ст. 450 предусматривает внесудебный порядок. И это объясняется тем, что отказ стороны от исполнения договора по общему правилу обусловлен непредоставлением встречного исполнения другой стороной. Если одна сторона не исполняет своей обязанности, то и другая должна обладать правом также отказаться от исполнения и таким образом снять с себя возложенную обязанность.

Некоторые нормы ч. 2 ГК также позволяют сделать вывод, что допускается и внесудебное одностороннее изменение и расторжение договора.

Согласно п. 1 ст. 546 ГК гражданин, являющийся абонентом по договору энергоснабжения, вправе расторгнуть договор в одностороннем порядке при условии уведомления об этом энергоснабжающей организации и полной оплаты использованной энергии. Ст. 687 ГК предоставляет нанимателю жилого помещения право в любое время расторгнуть договор, получив на это согласие постоянно проживающих с ним граждан и предупредив об этом письменно наймодателя за три месяца. Ст. 717 признает за заказчиком по договору подряда право в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора. При этом он должен уплатить подрядчику часть цены, которая определяется пропорционально выполненной части работы до получения извещения подрядчиком об отказе от договора. На заказчика при этом возлагается обязанность возмещения подрядчику убытков, причиненных прекращением договора. Норма ст. 717 диспозитивная. Она действует, если иное не предусмотрено договором. По договору проката арендатор вправе отказаться от договора в любое время (ст. 627). От него требуется только письменное предупреждение арендодателя о своем намерении не менее чем за 10 дней.

Правило, наиболее определенно подтверждающее вывод о внесудебном одностороннем изменении и расторжении договора, содержится в ст. 523 ГК. Согласно п. 4 ст. 523 договор поставки считается измененным или расторгнутым с момента получения одной стороной уведомления другой стороны об одностороннем отказе от исполнения договора полностью или частично. Иной срок расторжения или изменения договора может быть предусмотрен в уведомлении либо определен соглашением сторон.

На первый взгляд может показаться, что в п. 4 ст. 523 определяется только момент, с которого договор поставки считается изменен-

ным или расторгнутым. Однако при систематическом толковании нормы п. 4 ст. 523 в сопоставлении с правилом п. 2 ст. 452 должен быть сделан иной вывод. В п. 2 ст. 452 устанавливается обязательный досудебный порядок рассмотрения требования об изменении или расторжении договора: сторона может обратиться в суд с требованием об изменении или расторжении договора при условии, что другая сторона отказалась принять предложение об изменении или расторжении договора, либо от нее не получен ответ на предложение в срок, указанный в предложении или установленный законом, либо договором, а при его отсутствии – в 30-дневный срок. Между тем в п. 4 ст. 523 говорится, что договор поставки считается измененным или расторгнутым с такого-то момента. Это, бесспорно, позволяет утверждать, что правило п. 4 ст. 523 определяет не только момент, но и порядок, а именно внесудебный порядок одностороннего изменения или расторжения договора поставки. Иное толкование п. 4 ст. 523, а именно, что содержащееся в нем правило определяет только момент, а порядок одностороннего изменения или расторжения договора является судебным, противоречит норме п. 3 ст. 453, согласно которой при изменении или расторжении договора в судебном порядке обязательства считаются измененными или прекращенными с момента вступления решения суда в законную силу. Применительно к договору поставки необходимо обратить внимание на одно важное правило ст. 523. По общему правилу п. 2 ст. 450 одностороннее изменение и расторжение договора допускаются в случае существенного нарушения договора одной из сторон. Это правило повторено в п. 1 ст. 523. Из определения существенного нарушения (абз. 4 п. 2 ст. 450) можно сделать вывод, что обязанность доказывания существенности нарушения лежит на стороне, заявляющей требование об изменении или расторжении договора.

Ст. 523 предусматривает перечень нарушений договора поставки, предполагающихся существенными, и следовательно, сторона не обязана доказывать существенность нарушения. Необходимо лишь доказать сами факты, с которыми закон связывает предположение.

Существенны нарушения, допущенные поставщиком: а) поставка товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок; б) неоднократное нарушение сроков поставки.

Существенные нарушения со стороны покупателя: а) неоднократное нарушение сроков оплаты товаров; б) неоднократная невыборка товаров. При доказанности этих презумптивных фактов вступа-

ет в действие презумпция, опровержение которой, как представляется, законом не допускается. Такая конструкция, по-видимому, связана с тем, что п. 4 ст. 523 допускает одностороннее внесудебное изменение и расторжение договора поставки.

По-видимому, более удачной была бы формулировка в ст. 523 вместо «предполагаются существенными» *«считаются существенными»*.

Проведенный анализ правил гл. 29 и ряда норм об отдельных видах договоров позволяет сделать следующие выводы об изменении и расторжении договора по заявлению одной из сторон.

1. Основание: существенное нарушение договора другой стороной. Порядок – судебный.

2. В случаях правомерного одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, т. е. когда такой отказ предусмотрен законом или соглашением сторон, в случаях правомерного отказа от договора или прекращения договора, а также в других случаях, прямо указанных в ГК, о праве стороны расторгнуть договор. Порядок изменения и расторжения – внесудебный, на основании уведомления другой стороны. Договор считается измененным или расторгнутым с момента получения уведомления, если иной срок расторжения или изменения договора не предусмотрен в уведомлении либо не определен соглашением сторон.

Новеллой Гражданского кодекса РФ являются правила ст. 451 о влиянии изменившихся обстоятельств на силу договора. Поскольку ГК РСФСР и Основы гражданского законодательства не содержали общих норм об изменении и расторжении договора, то соответственно неизвестны были действовавшему законодательству и правила о влиянии на силу договора и основанных на договоре обязательств изменившихся обстоятельств, при которых договор был заключен.

В науке гражданского права вопрос о влиянии изменившихся обстоятельств, при которых был заключен договор, известен как вопрос о *кляузуле* (*кляузула ребус сик стандибус*). Кляузула истолковывается в том смысле, что стороны, заключая договор, делают молчаливую оговорку о том, что изменения обстоятельств, при которых договор заключен, влияют на силу договора.

Для советского гражданского оборота, опосредствовавшегося договорами, которые заключались между социалистическими организациями в большинстве случаев на основании административно-плановых актов, потребности в кляузуле не было.

В случае существенного изменения обстоятельств стороны могли ставить перед соответствующими планово-регулирующими органами вопрос об аннулировании или изменении планового акта, на основании которого заключен договор. В зависимости от решения этих органов договор подлежал расторжению или изменению. А если плановый акт сохранял силу и, следовательно, неизменным оставался и договор, который подлежал исполнению, то сторона, для которой исполнение договора в изменившихся условиях повлечет отрицательные последствия, могла получить за счет средств бюджета соответствующую компенсацию. Словом, проблем в связи с изменившимися обстоятельствами не возникало.

По-другому в условиях рыночной экономики. Принцип святости договора остается действующим, но в связи с существенным изменением обстоятельств, при которых был заключен договор, исполнение его на прежних условиях может привести к весьма отрицательным последствиям для одной или обеих сторон.

В связи с этим ст. 451 предусматривает возможность при определенных условиях, оговоренных в ней, поставить вопрос об изменении или даже расторжении договора. Если не достигнуто соглашение сторон, договор может быть расторгнут или изменен судом по требованию заинтересованной стороны.

Детальный анализ норм ст. 451 ГК – предмет самостоятельного исследования, возможного на базе практики их применения, которая только начинает формироваться.

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ПРОЦЕНТОВ ГОДОВЫХ (ст. 395 ГК РФ)*

(*в соавторстве с проф. В. В. Ровным*)

В последнее время на страницах юридической литературы весьма активно обсуждаются вопросы правовой природы процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (далее без особых на то оговорок – ГК), или т. н. *процентов годовых*, специфики реализации данной санкции и ее «*взаимоотношения*» с другими гражданско-правовыми защитными мерами. Поскольку можно со всей уверенностью утверждать, что все эти и некоторые другие, связанные с ними, вопросы были, есть и еще долго будут оставаться дискуссионными, поводом для написания настоящей статьи и в то же время целью, которую она преследует, является стремление авторов обозначить основные проблемы, связанные со ст. 395 ГК, охарактеризовать уровень и состояние доктрины в данном вопросе, наконец, сформулировать собственную позицию относительно правовой природы процентов годовых.

* * *

Итак, на случай нарушения денежных обязательств законодатель, как известно, традиционно предусматривает весьма специфичную гражданско-правовую санкцию, общий смысл которой состоит в начислении процентов годовых на денежную сумму, уплата которой

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* О правовой природе процентов годовых (ст. 395 ГК РФ) // Правосудие в Восточной Сибири: Региональный научно-практический журнал. 2001. № 1–2. С. 63–73. – *Прим. ред.*

составляет содержание денежного обязательства. В германском гражданском праве, к примеру, подлежащие уплате проценты по общему правилу (если не установлено иное) взимаются, исходя из твердой ставки 4 % годовых (см. § 246 ГГУ), при этом, как отмечают источники по сравнительному правоведению, аналогичный подход характерен и для других континентальных правопорядков, напротив, системе общего права вообще неизвестно понятие законного процента, всякий раз определяемого судом[1].

В прежнем отечественном законодательстве рассматриваемая санкция содержалась в ст. 226 ГК РСФСР 1964 г., а также в п. 3 ст. 66 и абз. 2 п. 3 ст. 133 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее – Основы 1991 г.), при этом ГК 1964 г. предусматривал 3 %, п. 3 ст. 66 Основ 1991 г. – 5 % годовых, а ст. 133 Основ 1991 г. определяла проценты, исходя из средней ставки банковского процента, существующей в месте нахождения кредитора (дифференциация процентов годовых в двух последних случаях, как справедливо отмечают в литературе, и обеспечивала лучшее положение кредитора, не состоявшего в договорных отношениях с должником, по сравнению с кредитором, оформившим свои отношения с должником договором[2]). Действующая ст. 395 ГК заметно отличается от своих предшественников более универсальным и обобщающим характером. Она не ограничивается установлением процентов лишь за просрочку исполнения денежного обязательства (в отличие от ГК РСФСР 1964 г.), одинаково распространяется как на договорную, так и на внедоговорную сферу, не отграничивая просрочку исполнения денежных договорных обязательств от неосновательного денежного обогащения, а также касается всех участников гражданского оборота, не предусматривая дифференциации по субъектному признаку (подобно тому, как это было в Основах 1991 г.). Таким образом, плавающая ставка процентов годовых, приуроченная к учетной ставке банковского процента, существующей в месте жительства или нахождения кредитора, устанавливается за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от возврата, иной

[1] См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е. А. Васильева. М.: Междунар. отношения, 1993. Гл. 11. § 7. С. 299 (автор – *Е. А. Васильев*).

[2] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. Гл. 7. С. 547 (автор – *В. В. Витрянский*)..

просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица (см. п. 1 ст. 395 ГК).

Уже в первом приближении характер процентов годовых, начисляемых на сумму используемых чужих денежных средств, а потому, понятно, выступающих для должника в качестве очевидного *обременения*, не исключает рассмотрения соответствующей меры в контексте гражданско-правовой ответственности. Поэтому, как может показаться, действующий ГК не случайно поместил ее в гл. 25 ГК («Ответственность за нарушение обязательств»), соответствующим образом назвав при этом и саму ст. 395 ГК («Ответственность за неисполнение денежного обязательства»). Между тем ни расположение ст. 395 в рамках ГК, ни ее название, ни смысл содержащихся здесь правил не позволяют доподлинно судить о правовой природе процентов годовых и не располагают к однозначным на сей счет суждениям. Не случайно поэтому, что одни авторы рассматривают проценты годовых как *неустойку* за нарушение денежных обязательств[3], другие – как *особые убытки*[4] (в том числе как абстрактные убытки[5]), третьи – в качестве *платы (вознаграждения) за пользование капиталом*[6], наконец, четвертые вообще считают проценты годовых *нетипичной формой гражданско-правовой ответственности*, особенность которой состоит в ее отличии и от убытков, и от неустойки[7]. Некоторые авторы, ограничиваясь анализом формально существующей специфики процентов годовых и признанием их гражданско-правовой ответственностью за нарушение денежных обязательств, как видно, предпочитают воздерживаться от участия в дискуссии о их гражданско-правовой природе[8].

---

[3] Такой подход к процентам основывался на редакции п. 3 ст. 66 Основ 1991 г., где 5 % годовых прямо именовались неустойкой. См. также: *Попов А.* Ответственность за неисполнение денежного обязательства // Хоз-во и право. 1997. № 8. С. 80.

[4] См.: *Лавров Д. Г.* Денежные обязательства в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 7, 17–19.

[5] См.: *Чернов В. М.* Абстрактные убытки по Гражданскому кодексу РФ // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства / Под ред. В. Ф. Воловича. Томск, 1999. С. 21–22.

[6] См.: *Луиц Л. А.* Деньги и денежные обязательства // Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999. С. 96 и след.; Гражданское право: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. Т. 1. М.: Бек, 1998. Гл. 13. С. 456–457 (автор – *Е. А. Суханов*).

[7] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. Гл. 7. С. 514, 555–560 (автор – *В. В. Витрянский*); *Новоселова Л. А.* Проценты по денежным обязательствам. М.: Статут, 2000. С. 50 и след.

[8] См., напр.: Гражданское право. Ч. 1: Учебник / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М.: Теис, 1996. Гл. 27. С. 488–489 (автор – *Н. Д. Егоров*).

В развитие такой неопределенности во взглядах нельзя не задаться другим вопросом: является ли только что приведенный плюрализм мнений производным от состояния российского законодательства, а потому характерным только для российской цивилистической мысли или, напротив, он существует и в других доктринах, отличаясь интернациональным характером? Для ответа на этот вопрос достаточно обратиться к п. 1 ст. 353 действующего ГК Республики Казахстан, где прямо закреплено, что «за неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежит уплате *неустойка* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*). Размер неустойки исчисляется, исходя из официальной ставки рефинансирования Национального банка Республики Казахстан <...>». Несмотря на столь однозначный подход законодателя, казалось бы устранивший повод для споров о правовой природе процентов годовых, по крайней мере, на формальном уровне, научная дискуссия вокруг этого вопроса в Республике Казахстан существует, ибо одни авторы вслед за законодателем считают проценты годовых неустойкой[9], тогда как другие ставят данный тезис под сомнение, предпочитая взгляд на проценты годовых как на нетипичную меру ответственности, отличную и от неустойки, и от убытков[10].

На фоне сохраняющей свою актуальность и остроту дискуссии о правовой природе процентов годовых в российской цивилистике относительным (но отнюдь не окончательным) итогом всех разногласий можно считать два совместных постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ – № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ» от 01.07.96[11] и № 13/14 «О практике применения положений ГК РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами» от 08.10.98 с недавним дополнением, внесенным в него совместным постановлением Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего

[9] См., напр.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. М. К. Сулейменова, Ю. Г. Басина. Алматы, 2000. Гл. 29. С. 602, 603 (автор – *Е. Б. Осипов*).

[10] См., напр.: *Диденко А. Г.* Неустойка как способ обеспечения исполнения обязательств: В кн.: Гражданское право / Басин Ю. Г., Диденко А. Г., Иоффе О. С. и др. Алматы: ИПЦ КазГЮУ, 1999. С. 92–93.

[11] См.: Вестн. ВАС РФ. 1996. № 9.

Арбитражного Суда РФ № 14/15 от 04.12.00[12]. По смыслу первого постановления проценты годовых признаются самостоятельной, существующей наряду с неустойкой и убытками, *универсальной защитной мерой* (см. п. 50); второе постановление уже вполне определенно рассматривает их в качестве *меры гражданско-правовой ответственности* за неисполнение или за просрочку исполнения денежного обязательства (см. п. 4, 5).

А между тем теоретическая и практическая значимость приведенных выше разногласий исследователей по вопросу о правовой природе процентов годовых определяется, по крайней мере, двумя обстоятельствами.

Во-первых. Прежде всего она состоит в том, что одна группа авторов рассматривает реализацию ст. 395 ГК в связи со специальными правилами гражданско-правовой ответственности, относящимися к неустойке, другая – без учета таких правил, однако с учетом общих начал гражданско-правовой ответственности, сторонники третьей точки зрения вовсе выводят проценты годовых за рамки гражданско-правовой ответственностью и основных принципов ее реализации (главенствующим среди которых, как известно, выступает принцип вины), наконец, сторонники последней из четырех приведенных выше точек зрения основываются на необходимости весьма тщательного выбора неких особых норм гражданско-правовой ответственности, которые подлежат применению в данном случае, и, напротив, отказа от всех прочих, не подлежащих применению, правил. Не секрет, что отсутствие единообразия во взглядах исследователей относительно правовой природы процентов годовых обусловливает различные ответы на вопрос о том, каким должно быть соотношение между различными способами защиты гражданских прав и, прежде всего, между рассматриваемыми процентами годовых и неустойкой (в особенности, когда речь идет о такой ее разновидности, как пеня). Подчеркивая это, нельзя не признать, что альтернативное соотношение между ними, которое установлено сегодня в качестве общего правила п. 6 постановления № 13/14, едва ли безусловно способно спасти ситуацию.

Во-вторых. Острота проблемы определения правовой природы процентов годовых связана еще и с тем обстоятельством, что даже те авторы, которые не только рассматривают данную санкцию в контек-

[12] См. соотв.: Вестн. ВАС РФ. 1998. № 11; 2001. № 3.

сте мер гражданско-правовой ответственности, но и признают ее самостоятельность, отличая и от неустойки, и от убытков, по-разному подходят к характеристике условий ее реализации. Так, например, В. В. Витрянский отмечает, что специфика процентов годовых, как самостоятельной формы гражданско-правовой ответственности, связана с особенностью денежного обязательства, с абсолютной заменимостью денежных средств. Отсюда, как полагает он, в денежных обязательствах исключается сама невозможность их исполнения, а отсутствие у должника необходимых денежных средств даже при наличии обстоятельств непреодолимой силы не может служить основанием к освобождению должника от ответственности за неисполнение денежного обязательства. Таким образом, поскольку основанием прекращения денежного обязательства является, по общему правилу, его надлежащее исполнение, а должник не может быть освобожден от ответственности за его неисполнение, в том числе и при форс-мажорных обстоятельствах, проценты годовых как особая форма ответственности по денежным обязательствам должна применяться во всяком случае, тогда как правила ст. 401 и 416 ГК здесь, напротив, не подлежат применению[13]. Иначе к решению этого вопроса подходит Л. А. Новоселова, указывая, что, хотя упомянутая особенность денежных обязательств действительно исключает невозможность их неисполения, этот факт, однако, не связан с основаниями ответственности за их неисполнение. Так, например, при рассмотрении требований о взыскании неустойки за просрочку платежа природа денег никак не препятствует применению правил ст. 401 ГК[14].

* * *

В порядке обозначения собственной позиции относительно природы рассматриваемой санкции, определения ее подлинного статуса в системе способов защиты гражданских прав и вытекающих отсюда последствий необходимо заметить следующее.

Расположение ст. 395 ГК в гл. 25 данного нормативно-правового акта («Ответственность за нарушение обязательств») само по себе, как нам кажется, не играет, не может, да и не должно играть ключевой

[13] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. Гл. 7. С. 557.
[14] См.: *Новоселова Л. А.* Указ. соч. С. 59.

роли в решении вопроса о правовой природе процентов годовых. Дело в том, что гл. 25 ГК объединяет в себе как собственно меры гражданско-правовой ответственности (см. ст. 393, 394 ГК), так и некоторые другие меры, тесно связанные с мерами ответственности (например, реальное исполнение обязательств – см. ст. 396–398 ГК); здесь же предусматривается целый ряд правил, выполняющих различную роль в механизме гражданско-правовой ответственности и имеющих к этому механизму различное (подчас вспомогательное) отношение (см. ст. 399–406 ГК). К тому же, как совершенно верно отмечают в литературе, само по себе законодательное установление определенного положения (в нашем случае это вполне можно распространить и на помещенные в гл. 25 ГК «Ответственность за нарушение обязательств» проценты годовых), будучи обязательным при применении закона, еще не является неопровержимым доказательством его теоретической обоснованности[15]. Отсюда, поскольку роль юридической техники (в том числе и юридической грамматики) при определении природы тех или иных правовых институтов, по крайней мере, не следует абсолютизировать, постольку более сложный вопрос, на который надлежит дать ответ, состоит в том, насколько название самой ст. 395 ГК – «Ответственность за неисполнение денежного обязательства» соответствует ее содержанию и таким образом, можно ли все-таки считать предусмотренную здесь санкцию мерой гражданско-правовой ответственности?

Положительный ответ на данный вопрос не должен вызывать сколько-либо серьезных сомнений, ибо сущность и характер процентов годовых вполне соответствуют всем требованиям, предъявляемым к мерам гражданско-правовой ответственности. На этом, впрочем, надлежит остановиться подробнее.

Пожалуй, максимальных усилий потребует обоснование безусловной связи процентов годовых с фактом гражданского правонарушения как неизменного основания гражданско-правовой ответственности. Так, может показаться, что название ст. 395 ГК и ее содержание не полностью соответствуют друг другу. Дело в том, что соответствие между названием и содержанием ст. 395 ГК не вызывает сомнений в части случаев *неправомерного* удержания, уклонения от возврата,

[15] См.: *Сенчищев В. И.* Объект гражданского правоотношения // Актуальные проблемы гражданского права / Сб. статей под ред. М. И. Брагинского. М.: Статут, 1998. С. 111. Прим. 1.

иной просрочки в уплате, которые безусловно могут рассматриваться в качестве составов гражданских правонарушений, а потому несомненных достаточных оснований гражданско-правовой ответственности; напротив, случаи неосновательного получения или сбережения денежных средств (т. е. отношений, связанных с неосновательным обогащением одного лица за счет другого) могут, как известно, основываться на самых разных обстоятельствах, включая случайные (см. п. 2 ст. 1102 ГК). Именно поэтому вовсе не исключено мнение об универсальном характере процентов годовых, выступающих и в качестве *меры гражданско-правовой ответственности*, и в качестве *иного средства защиты гражданских прав*. Отсюда в первом случае проценты годовых, по всей видимости, должны основываться на составе гражданского правонарушения, ключевая роль в котором всегда отводилась и отводится субъективному фактору (см. ст. 401 ГК), во втором они, как известно, могут применяться независимо от того, «явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли» (п. 2 ст. 1102 ГК).

Между тем следует заметить, что возможность возникновения кондикционных обязательств в условиях отсутствия вины обогатившегося не колеблет и не меняет сущности неосновательного обогащения как явления противоправного, а потому *правонарушения*. Неосновательное обогащение противоправно во всех случаях именно потому, что приобретатель имущества стал его собственником без оснований или без достаточных на то оснований, именно поэтому он и обязан вернуть все полученное таким образом. Но это еще не все. Заметим, что правило п. 1 ст. 395 ГК в части неосновательного получения или сбережения денежных средств существенно уточняет специальное правило п. 2 ст. 1107 ГК, прямо закрепляющее, что «на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими средствами (статья 395) *с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*) о неосновательности получения или сбережения денежных средств». Разумеется, точное знание о неосновательности получения или сбережения денежных средств или хотя бы презумпция такого знания (говоря иначе, доподлинно известная или презюмируемая *недобросовестность должника*) не имеют значения для квалификации

соответствующего правоотношения как кондикционного, хотя, как известно, серьезно обостряют проблему конкуренции между кондикционным и деликтным исками. Но так же, как было замечено выше, неосновательное обогащение противоправно во всех случаях, так же и в условиях возможности взыскания процентов годовых в соответствии с п. 2 ст. 1107 ГК факт правонарушения лишь приобретает более рельефные очертания, становится более отчетливым.

В большей степени проценты годовых соответствуют другим признакам мер гражданско-правовой ответственности, традиционно выделяемым большинством авторов[16]. Так, проценты годовых представляют собой *дополнение* к основному – денежному – обязательству, а потому являются несомненным *обременением*, которое претерпевает обязанное к их уплате лицо. Наконец, как и другие меры гражданско-правовой ответственности, проценты годовых имеют явный *имущественный* (денежный, стоимостной) характер и выступают одним из средств последовательной реализации компенсационной функции гражданско-правовой отрасли в целом. К тому же их применением осуществляется защита не публичного, а *частного интереса* – интереса конкретного кредитора, выступающего стороной в денежном обязательстве.

Самостоятельное замечание, из разряда способных породить определенные сомнения насчет природы процентов годовых как формы гражданско-правовой ответственности, может состоять в следующем. Так, из названия и содержания п. 1 и 2 ст. 396 ГК может показаться, что гражданско-правовая ответственность исчерпывается возмещением убытков и уплатой неустойки: за отсутствием здесь упоминания о процентах годовых как будто бы нет оснований рассматривать их в качестве меры гражданско-правовой ответственности. По этому поводу, однако, необходимо сделать такие замечания.

Во-первых. Вообще говоря, ст. 396 ГК посвящена *«взаимоотношению»* между мерами гражданско-правовой ответственности и реальным исполнением обязательства (исполнением обязательства в натуре), при этом следует иметь в виду, что гражданско-правовая ответственность едва ли может и должна ограничиваться одними лишь обязательственно-правовыми рамками (весьма специфическая сущность,

[16] Подробнее об этом см.: *Ровный В. В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1999. С. 215 и след.

например, может быть признана за такой мерой ответственности, как отказ лицу в защите принадлежащего ему права в случае злоупотребления правом – см. п. 2 ст. 10 ГК). Но если принять это за основу, неизбежен вывод, что отнюдь не все меры гражданско-правовой ответственности могут и должны охватываться диспозицией ст. 396 ГК.

Во-вторых. Несмотря на то, что среди мер гражданско-правовой ответственности в ст. 396 ГК упоминается только возмещение убытков и уплата неустойки, необходимо иметь в виду, что сама ст. 396 ГК содержит не столько формы гражданско-правовой ответственности, сколько правило о реальном исполнении обязательства; отсюда за правильной расстановкой смысловых акцентов умалчивание о процентах годовых вовсе не кажется таким уж упущением (впрочем, как название, так и редакция ст. 396 ГК в этом отношении отнюдь не исключают возможности, а может быть, и необходимости их совершенствования).

Наконец, *в-третьих*, по замыслу законодателя, да и на самом деле, проценты годовых могут не иметь самостоятельного статуса, выступая как разновидность либо убытков, либо неустойки (с чем, кстати, еще предстоит разобраться ниже). Но если это действительно так, отсутствие упоминания о них в ст. 396 ГК не должно вызывать ни малейшего удивления.

Что же касается приведенного выше разногласия во взглядах В. В. Витрянского и Л. А. Новоселовой относительно субъективных условий реализации рассматриваемой санкции, оно позволяет нам сделать следующий вывод. Нельзя не заметить, что, поскольку В. В. Витрянский хотя и признает проценты годовых в качестве самостоятельной формы гражданско-правовой ответственности, но в то же самое время в вопросе их применения исключает принципиальность всяких субъективных условий (начал), это значит, что в действительности и по существу такой подход едва ли чем отличается от точки зрения тех авторов, которые рассматривают проценты годовых как плату за пользование чужим капиталом (т. е. вне связи с институтом ответственности). В самом деле, признание процентов годовых в качестве особой гражданско-правовой ответственности, с одной стороны, с другой – полный отказ от обсуждения субъективных условий ее реализации вряд ли позволяют противопоставить данную точку зрения позиции тех, кто,

не обсуждая субъективные начала реализации санкции ст. 395 ГК, не считает проценты годовых гражданско-правовой ответственностью.

Позволим себе сказать больше: в контексте сопоставления обеих точек зрения позиция В. В. Витрянского видится нам не лишенной противоречия. Так, согласно его подходу, пределы гражданско-правовой ответственности расширяются настолько, что распространяются буквально на все мыслимые случаи нарушения денежных обязательств. Но в этом-то, как видится нам, и кроется противоречие, ибо тот факт, что индивидуальное обязательство «*имеет меньше шансов на успех*» в смысле его надлежащего или реального исполнения и больше шансов на прекращение по причине невозможности исполнения, тогда как родовое (в частности, столь интересующее нас денежное обязательство), напротив, больше – на исполнение и гораздо меньше – на прекращение, сам по себе, думается, не может внести, да и не должен вносить существенных различий в определение условий гражданско-правовой ответственности. Дело в том, что степень возможности исполнения обязательства является сугубо *объективным* показателем, предопределяющим *внешнюю* динамику обязательства и позволяющим разобраться с вопросом о том, может ли обязательство быть исполнено в принципе, вообще – как до факта его нарушения (т. е. надлежащим образом), так и после его нарушения (т. е. реально) и имеется ли для этого достаточное количество предпосылок. Гражданско-правовая ответственность, в отличие от этого, представляет собой более сложный институт, основанием которого является *состав гражданского правонарушения*, включающий не только *объективные,* но также и *субъективные* компоненты. Соответственно, с одной стороны, здесь присутствуют *поведенческие проявления, их последствия и причинно-следственная связь* между ними, с другой – *вина* (если по общему правилу ответственность подчиняется принципу вины) или *риск* (если ответственность может наступать независимо от вины). Ключевое место в составе гражданского правонарушения принадлежит его субъективной стороне, при этом отсутствие вины должника может выступить основанием освобождения его от ответственности, сама ответственность может применяться как при наличии вины должника, так и в условиях ее отсутствия, наконец, наличие, отсутствие или серьезность вины могут оказывать влияние на размер ответст-

венности[17]. В связи с отмеченным будет весьма кстати вспомнить и процитировать следующие слова О. С. Иоффе: «Ответственность за исполнение обязательства, предмет которого определен родовыми признаками, должна *соответствовать принципу ответственности за вину* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*). Это означает, что, когда предметом обязательства являются родовые вещи, случайно погибшие у должника до их передачи кредитору, для решения вопроса о том, наступила ли невозможность исполнения, нужно выяснить два обстоятельства: во-первых, мог ли должник путем расширения производства возместить погибшую часть рода, а если не мог, то, во-вторых, имел ли он право и возможность приобрести соответствующие предметы на стороне. Если на оба эти вопроса будут получены отрицательные ответы, налицо прекращающая обязательство невозможность исполнения, хотя бы объективно вещи такого рода и продолжали существовать»[18].

* * *

Обоснование возможности рассмотрения процентов годовых в качестве меры гражданско-правовой ответственности не было бы полным без определения места данной санкции в системе смежных с ней гражданско-правовых средств и институтов, а также соотношения с такими традиционными мерами гражданско-правовой ответственности, как возмещение убытков и уплата неустойки. На этом и надлежит остановиться подробнее.

Вообще говоря, дифференциацию процентов годовых и убытков обеспечивает сам законодатель, устанавливая между ними *зачетное соотношение* (см. п. 2 ст. 395 ГК), кстати, подобное тому, которое существует между убытками и неустойкой (см. абз. 1 п. 1 ст. 394 ГК). Известны и другие признаки, по которым несложно провести их дифференциацию. Так, убытки, право на возмещение которых имеет кредитор, зависят не только от поведения должника, но также и от поведения самого кредитора, так как в порядке учета его вины в неисполнении или в ненадлежащем исполнении обязательства суд вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор виновно

[17] См.: *Басин Ю. Г.* Вина как условие ответственности за нарушение обязательства: В кн.: Гражданское право / Басин Ю. Г., Диденко А. Г., Иоффе О. С. и др. С. 125.
[18] См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 190.

содействовал увеличению размера убытков или не принял разумных мер к их уменьшению (см. п. 1 ст. 404 ГК). Вместе с тем *упречное поведение кредитора* едва ли способно как-либо повлиять на ответственность в виде процентов годовых, учитывая, в частности, то обстоятельство, что просрочка кредитора в принятии исполнения по денежному обязательству, как известно, позволяет должнику надлежащим образом исполнить это обязательство внесением долга в депозит нотариуса или суда (см. подп. 4 п. 1 ст. 327 ГК). От уменьшения размера ответственности должника в связи с учетом вины кредитора необходимо отличать уменьшение судом ставки процентов годовых в порядке ст. 333 ГК (см. п. 7 указанного выше постановления № 13/14). Отличие последнего института состоит в том, что уменьшение (учитывая компенсационную природу процентов годовых) здесь связывается не с виной кредитора, а с *явной несоразмерностью последствий нарушения денежного обязательства и размера (ставки) процентов*, определенных в соответствии со ст. 395 ГК. Снижение размера процентов по этому основанию, как указывается в п. 7 постановления, возможно при неисполнении или просрочке исполнения денежного обязательства.

В то же время ограничиться подобными замечаниями – значит обозначить только формальное различие между рассматриваемыми институтами, которое само по себе еще не гарантирует его теоретической справедливости. Поэтому на вопросах сущностного соотношения процентов годовых и убытков следует остановиться подробнее.

Возмещение убытков, как известно, имеет значение универсальной формы гражданско-правовой ответственности, так как при наличии убытков как таковых, а также прочих необходимых элементов состава гражданского правонарушения данная мера применяется во всех случаях и независимо от того, предусмотрена ли она в законе или в договоре специально. Важнейшая особенность возмещения убытков как формы гражданско-правовой ответственности состоит в необходимости доказывания кредитором двух обстоятельств: во-первых, самого их *наличия,* причинно связанного с нарушением должником обязательства, во-вторых, их *размера.* Вина должника, как необходимое для возмещения убытков субъективное условие, не доказывается кредитором, ибо презюмируется, а бремя доказывания ее отсутствия возлагается на должника. Доказывание отмеченных обстоятельств для кредитора нередко является весьма обременительным, поэтому даже при очевидности существования убытков часто бывает нелегко дока-

зывать их размер (кстати, в этой связи и в таких случаях видятся вполне оправданными известные предложения предоставить судебным органам право самостоятельно определять убытки[19]), вместе с тем кредитор по своему усмотрению может доказывать убытки как в полном, так и (по тем или иным причинам) в меньшем объеме. Известно к тому же, что даже при наличии совершенного правонарушения убытки иногда могут отсутствовать (именно поэтому убытки вероятны, но отнюдь не неизбежны), при этом, будучи величиной неопределенной или не вполне определенной, они становятся известными только после совершенного правонарушения. Что же касается интересующих нас процентов годовых, то доказыванию, как представляется, здесь подлежит в основном *только факт* соответствующего правонарушения (факт неправомерного удержания, уклонения от возврата, иной просрочки в уплате, неосновательного получения или сбережения), напротив, доказывание их размера существенным образом отличается от доказывания размера убытков, что само по себе неизбежно развенчивает рассмотрение процентов годовых в контексте убытков.

Иной подход заставляет подыскивать для их объяснения те или иные оговорки и исключения в рамках убытков, как традиционной формы гражданско-правовой ответственности. У В. М. Чернова, например, такой оговоркой является ссылка на *абстрактность убытков*, при этом автор подчеркивает, что если размер обычных (конкретных) убытков необходимо обосновать, этого не требуется в случае с абстрактными убытками, которые предполагаются, а их размер предопределен условиями гражданского оборота[20]. Заметим, однако, что такой подход, будучи опровержимым, не спасает ситуацию: в самом деле, если размер процентов, которые могло бы получить заинтересованное лицо, *точно известен* и предопределен самим гражданским оборотом, то почему в таком случае сами убытки нужно признавать *абстрактными*, а не конкретными? Кстати, конкретность и абстрактность убытков сегодня, как известно, связывается с правилами ст. 524 ГК, где их конкретность обеспечивает *цена новой сделки*, совершенной после несостоявшейся сделки в разумный срок и на разумных ценовых условиях (см. п. 1, 2 ст. 524 ГК), а абстрактность – институт *«текущей*

[19] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. Гл. 7. С. 523–524 (автор – *В. В. Витрянский*).
[20] См.: *Чернов В. М.* Указ. соч. С. 21.

цены» – цены, обычно уплачиваемой при сравнимых обстоятельствах за аналогичный товар в месте, где должна была быть осуществлена передача товара или (при отсутствии таковой) *текущей цены в другом месте* (см. п. 3 ст. 524 ГК). Однако очевидная абстрактность *текущих цен* едва ли может сравниться с *«текущими процентами годовых»*, имеющими, напротив, *конкретное* и *единообразное выражение*. Верно, впрочем, и другое: понятие текущей цены носит оценочный характер, а потому установленный на ее основе размер абстрактных убытков *может быть оспорен* заинтересованным лицом, в свою очередь, размер текущих процентов годовых *оспариванию не подлежит*. В самом деле: оспариванию в последнем случае не подлежит ставка процентов годовых, учитывая в то же время возможность использования здесь ст. 333 ГК, спор не исключается в отношении общего размера подлежащих взысканию процентов на предмет их соизмеримости с последствиями правонарушения.

Отметив столь принципиальные различия, существующие между убытками и процентами годовых, перейдем к анализу соотношения последних с неустойкой.

Неустойка, как известно, может иметь как законное, так и договорное происхождение (основание), при этом, по всей видимости, все же следует согласиться с высказанным в литературе мнением о ее *преимущественно договорном происхождении*[21], которое представляется тем более справедливым, если обсуждать вопрос об основании возникновения неустоечного обязательства в свете современного гражданского законодательства. С точки зрения функционального назначения, неустойка является не только формой гражданско-правовой ответственности, но еще и *способом обеспечения* исполнения обязательства, причем вне зависимости от ее законного или договорного происхождения она *стимулирует* должника к исполнению обязательства. Напротив, специфика процентов годовых определяется их *законным основанием*. В то же время, принимая во внимание диспозитивность правил п. 1 ст. 395 ГК (правила п. 1 ст. 395 применяются, если иной размер процентов не установлен *законом* или *договором*), законное основание процентов годовых – только общее правило, которое может знать исключения, причем, если обычная законная неустойка позволяет соглашением изменять ее размер только в *сторону*

[21] См.: *Иоффе О. С.* Указ. соч. С. 160.

ужесточения (см. п. 2 ст. 332 ГК), размер процентов годовых можно менять соглашением сторон *произвольно* (учитывая более общую формулировку п. 1 ст. 395 ГК «<...> если *иной размер* процентов не установлен законом или договором», правило четвертого предложения п. 1 ст. 395 ГК о роли договора в изменении размера процентов является *lex specialis* относительно правила п. 2 ст. 332 ГК). Поэтому следует заметить, что, так же как любая неустойка (законная и договорная) выполняет обеспечительно-стимулирующую функцию, эта функция присуща также и процентам годовых. Другое дело – известная специфика, которой отличается здесь данная функция, обусловленная особенностью денег, способных обеспечивать постоянный прирост, который, в свою очередь, нередко лишает проценты годовых признака *фактической обременительности* (в самом деле, в условиях рынка средний должник едва ли допустит, чтобы подлежащая уплате, но просроченная денежная сумма вплоть до момента ее возврата лежала у него «*мертвым капиталом*»).

Отмеченное, таким образом, располагает к тому, чтобы считать проценты годовых *особым случаем неустойки*, а это, в свою очередь, не позволяет противопоставлять друг другу *проценты годовых* и *законную (договорную) неустойку, изменяющую размер этих процентов*. Напротив, В. В. Витрянский, признающий за процентами годовых самостоятельный статус, отличный и от неустойки, и от убытков, считает проценты годовых, размер которых изменен законом или договором, уже не процентами годовых как самостоятельной формой ответственности, а *неустойкой*. «<...> учитывая *диспозитивный характер норм ст. 395 ГК* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*), – пишет он, – применение договорной неустойки за нарушение денежного обязательства исключает возможность применения ответственности, предусмотренной названной статьей»[22]. Тем не менее наше расхождение по данному вопросу с В. В. Витрянским не препятствует тому, чтобы присоединиться к его точке зрения о необходимости проведения четких различий, с одной стороны, между *процентами годовых* и *неустойками*, предусмотренными в отношении отдельных обязательств, являющихся *не денежными*, а *товарными*, соответствующие нормы о размере и порядке исчисления которых только отсылают к ст. 395 ГК (см., например, п. 4 ст. 487, ст. 856

[22] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. Гл. 7. С. 560.

ГК), с другой – между *процентами годовых* и *процентами, уплачиваемыми за пользование капиталом* (см. ст. 809, п. 1 ст. 819, 839 ГК)[23].

Необходимый контраст между *процентами за пользование капиталом* и *процентами годовых* установлен сегодня в п. 15[1] упомянутого выше совместного постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14/15 от 04.12.00, закрепившем, что при применении п. 2 ст. 839 ГК «необходимо учитывать, что в случае увеличения вклада на сумму невостребованных процентов (за пользование капиталом. – *Б. Х., В. Р.*) взыскиваемые за просрочку возврата вклада проценты, предусмотренные пунктом 1 статьи 395 Кодекса, начисляются на всю сумму вклада, увеличенного (подлежавшего увеличению) на сумму невостребованных процентов». Кстати, в русском гражданском праве проценты за пользование капиталом были известны как *рост*, а их взимание свидетельствовало о *возмездном* характере кредитной сделки. В отличие от процентов годовых, *уплачиваемых как особый случай законной неустойки*, «под именем процента (в заемном обязательстве. – *Б. Х., В. Р.*), – писал Г. Ф. Шершеневич, – понимается *вознаграждение за пользование чужим капиталом* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*), выраженное в доле однородных вещей»[24]. Различие между процентами годовых и процентами за пользование капиталом существенно уточняет следующая цитата другого отечественного классика. «Из курса политической экономии, – отмечал Д. И. Мейер, – известно, что цена предмета определяется отношением спроса к предложению <...>. Точно так же и цена капитала, отдаваемого в заем, определяется отношением между предложением капиталов и спросом на них, так что цена капитала, рост по займу выше или ниже, смотря по количеству капиталов, предлагаемых в заем, и большему или меньшему спросу на них. Конечно, цена капитала, устанавливаемая экономическими законами, несколько видоизменяется еще по соображению большего или меньшего риска, какому подвергается веритель, отдавая капитал в руки должника, так что большая или меньшая вероятность исправности должника также имеет влияние на величину роста. И рост, таким образом, образуется из двух частей: *вознаграждения за предоставление капитала* в пользование на извест-

[23] Подробнее см. там же. С. 556–560; *Новоселова Л. А.* Указ. соч. С. 70, 80–82. См. также: п. 4 указанного постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ № 13/14 от 08.10.98.

[24] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С. 333.

ное время и *страховой премии* (курсив наш. – *Б. Х., В. Р.*) – вознаграждения за риск, связанный с передачей капитала в руки должника»[25].

Из всего сказанного выше следует, что в отношении процентов годовых как особого случая неустойки, как нам кажется, могут и должны применяться все общие правила о гражданско-правовой ответственности, а также правила, посвященные неустойке (см., например, ст. 333, 401–403 ГК), что соответственно исключает применение правил, посвященных возмещению убытков (это касается, в частности, ст. 15, 16, 393, 404, п. 1 ст. 405 ГК). Вместе с тем не подлежат применению и некоторые правила, хотя и касающиеся неустойки, но являющиеся *lex generalis,* а потому противоречащие специальным правилам, установленным в отношении процентов годовых как особого случая неустойки (речь идет, в частности, об уже упоминавшемся выше п. 2 ст. 332 ГК, а ввиду императивного характера нормы п. 2 ст. 395 ГК – и об абз. 2 п. 1 ст. 394 ГК).

[25] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2 ч. М.: Статут, 1997. Ч. 2. С. 247–248.

ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

ОБЯЗАННОСТЬ ПРОДАВЦА ОБЕСПЕЧИТЬ ЮРИДИЧЕСКУЮ ЧИСТОТУ ОТЧУЖДАЕМОГО ИМУЩЕСТВА И ПОСЛЕДСТВИЯ ЕЕ НЕИСПОЛНЕНИЯ*

(в соавторстве с проф. В. В. Ровным)

I

Важнейшей обязанностью продавца по договору купли-продажи является передача вещи (товара) покупателю в собственность (см. п. 1 ст. 454 ГК). Передача как таковая может не быть направлена на перенесение права собственности (например, передача вещи арендатору), более того, она не всегда влечет переход владения (например, в рамках договора безвозмездного пользования имуществом – см. п. 1 ст. 689 ГК[1]). Напротив, неотъемлемой обязанностью

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Обязанность продавца – обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствия ее неисполнения // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 73–103. – *Прим. ред.*

[1] Принимая во внимание отсутствие в российском законодательстве *института владения* и *фигуры детентора,* ссудополучателя необходимо признать не только пользователем, но и владельцем переданной ему вещи. Непризнание ссудополучателя владельцем вещи несовместимо с предоставлением ему правомочия пользования ею за исключением редких случаев. Учитывая отсутствие различий в данном вопросе между договорами ссуды и аренды, правомочия ссудополучателя в отношении переданной ему вещи можно было бы сформулировать по аналогии с ч. 1 ст. 606 ГК. Между тем передача по договору ссуды только правомочия пользования имуществом, известная римскому праву, дореволюционному и российскому законодательству, является отличительным признаком этого договора и по законодательству зарубежных стран. Так, Л. Жюллио де ла Морандьер, различая заем и ссуду, пишет, что по договору ссуды не только не переходит право собственности, но нет «...даже передачи владения в юридико-техническом

продавца и квалифицирующим признаком договора купли-продажи является передача товара покупателю *в собственность или иное вещное право*. Эта обязанность является сложной и по существу представляет собой две взаимосвязанных обязанности: передать вещь покупателю во владение (1), перенести на него право собственности (2). Поскольку в силу ст. 223 ГК, по общему правилу, право собственности переходит от продавца к покупателю согласно принятой ГК РФ системе традиции, т. е. в момент передачи имущества, совершенная передача одновременно означает и переход права собственности, а если исполнение первой обязанности предопределяет исполнение второй, это значит, что связь между двумя отмеченными обязанностями является неразрывной. В тех случаях, когда в силу диспозитивного правила п. 1 ст. 223 ГК указанием закона или соглашением сторон момент перехода права собственности определен иначе (приурочен к моменту заключения договора, т. е. в соответствии с консенсуальной системой, или к какому-либо иному, отличному от передачи, моменту), обязанность продавца передать вещь покупателю во владение сохраняется всегда, а потому до ее исполнения нельзя признать продавца исполнившим свою основную договорную обязанность.

Уже в римском праве обязанность продавца сводилась к обеспечению покупателю возможности *обладания вещью* (*habere licere*) и *спокойного владения* ею (*vacua possessio*), при этом передача владения сводилась к тому, что если кто-либо по праву отсуждал это владение, оно не считалось переданным[2]. Действующий Французский гражданский кодекс 1804 г. закрепляет две основные обязанности продавца: предоставить вещь покупателю и гарантировать продаваемую вещь (ст. 1603), при этом гарантия вещи должна распространяться на *спокойное владение* ею покупателем и на скрытые недостатки или пороки, влекущие за собой расторжение договора (ст. 1625). Германское гражданское уложение 1896 г. предусматривает, что продавец обязуется передать вещь покупателю и предоставить ему право собственности на нее (§ 433[1]), при этом продавец обязан предоставить вещь без *обременений правами третьих лиц* (§ 434) и ликвидировать ипотечные и залоговые обременения, поземельный и рентный долг, даже если по-

смысле. Заемщик (имеется в виду заемщик по договору *«займа для пользования»* или *commodatum*. – *Б. Х., В. Р.*) становится лишь *временным держателем* вещи. Владельцем остается займодавец, осуществляющий владение при посредстве заемщика» (*Жюллио де ла Морандьер Л.* Гражданское право Франции. М., 1961. Т. 3. С. 254–255).

[2] См.: *Дождев Д. В.* Римское частное право. М., 1996. С. 514.

купатель знает о существовании таковых (§ 439[2]); при неисполнении этого продавцом покупатель имеет права в соответствии с нормами, установленными на случай нарушения контрагентом обязанности по двустороннему договору, а также право на возмещение убытков (см. § 440). Дореволюционному российскому гражданскому праву была известна обязанность продавца *по очистке отчуждаемой вещи,* она возлагалась на продавца независимо от специального ее принятия последним и обусловливала т. н. *ответственность за право на вещь* – ответственность продавца перед покупателем за юридическое состояние проданной вещи, которая могла быть исключена только в силу особого соглашения сторон[3]. Вопросам юридической чистоты отчуждаемого имущества и связанных с этим последствий уделяли внимание и все последующие отечественные кодификации.

По действующему ГК РФ продавец обязан передать товар не только в соответствии с условиями о качестве, т. е. без недостатков, но также *свободным от прав третьих лиц*, что является общим правилом, исключение из которого согласно абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК составляет случай, когда сам покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц. Как бы широко ни трактовать понятие *«качество товара»,* едва ли им, как полагают отдельные авторы, охватывается и прочность правовых оснований владения товаром, т. е. титул, а потому кажется неудачным тезис о том, что «качество товара... зависит... и от прочности правовых оснований владения им, т. е. от титула»[4]. Обязанность продавца передать юридически бездефектный товар существует *наряду* с обязанностью передать товар в соответствии с договорными условиями о качестве, да и сам ГК формулирует эти обязанности как самостоятельные (см. ст. 460, 469–477). Поскольку продавец обязан передать покупателю товар свободным от *любых прав* третьих лиц, *de lege lata* это надлежит понимать как свободу отчуждаемого имущества от любых прав – как обязательственных, так и вещных, обладателями которых являются третьи лица. При этом следует в принципе исключить возможность обременения отчуждаемого имущества таким вещным правом, как право собственности: право собственности не может обременять все прочие имущественные права (известно, что «*sua res nemini servit*»[5] – см. п. 2 ст. 216 ГК), само же оно

[3] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 322.

[4] *Елисеев И. В.* // Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1997. Гл. 30 (§ 2). С. 31.

[5] Лат. – своя вещь никому не служит.

может быть обременено последними. При отчуждении имущества все прочие, помимо права собственности, права следуют за ним и обременяют его (см. ст. 300, 353, 617 ГК), поэтому, хотя вещь и переходит в собственность или, по крайней мере, во владение покупателя, третьи лица продолжают сохранять принадлежавшие им до отчуждения вещи права на нее. Очевидно, не требует специальной аргументации тезис о том, что лицо, приобретшее по договору имущество, определенные права на которое принадлежат третьим лицам, должно знать о таких обременениях, так как последние могут препятствовать приобретению покупателем права собственности либо в той или иной степени стесняют нового собственника в осуществлении принадлежащих ему правомочий и ограничивают его спокойное правообладание, а, стало быть, умаляют ценность отчужденного имущества. Поэтому в зависимости от характера (вида) и срока действия прав, обременяющих отчуждаемое имущество, на стадии заключения договора покупатель, располагая информацией о правах третьих лиц, имеет возможность принять решение, заключать договор или отказаться от него, а, соглашаясь на его совершение, обсуждать с продавцом вопросы размера покупной цены и порядка ее уплаты.

Руководствуясь этими и другими соображениями, законодатель, охраняя интересы покупателя, которого небезосновательно считают по общему правилу более слабой в сравнении с продавцом стороной правоотношения[6], предусматривает *обязанность продавца обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества*.

II

ГК 1922 г. в ч. 1 ст. 200 устанавливал следующее правило: «Продавец обязан поставить покупателя в известность о лежащих на отчуждаемом имуществе залоговых обременениях, а равно о договорах найма, имеющих предметом данное имущество». Как видно, речь здесь идет только о двух видах обременений – правах залогодержателя и нанимателя, а не о любых правах третьих лиц вообще. Между тем

[6] См.: *Климкин С. И.* Об обязанности продавца передать покупателю вещь без обременений (ст. 413 ГК РК) // Гражданское законодательство Республики Казахстан / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 10. Алматы, 2001. С. 83. Со своей стороны заметим, что отмеченная слабость позиций покупателя обусловлена бóльшим *риском*, который он несет в сравнении с продавцом. Как раз одной из важнейших составляющих риска покупателя является *риск обремененности* переданного по договору имущества правами или притязаниями третьих лиц, а значит и *риск возможного последующего его изъятия*, что, по понятным причинам, исключается в отношении уплачиваемых взамен денег, выступающих в качестве т. н. естественно-родовой вещи.

господствующим (при всей скупости освещения этого вопроса в литературе), по всей видимости, все же было расширительное толкование данного правила. «Продавец, – писал, в частности, проф. А. Г. Гойхбарг, – отвечает в случае, когда переданная вещь до ее передачи не принадлежала продавцу, а третьему лицу, или вообще, когда у третьего лица до передачи вещи покупателю имелись *права* на проданную вещь, в силу чего это третье лицо может отобрать по суду (отсудить) эту вещь от покупателя»[7]. Отсюда можно сделать вывод, что автор имел в виду не конкретные упомянутые в ч. 1 ст. 200 ГК 1922 г. права залогодержателя и нанимателя, а вообще любые права третьих лиц. «Право собственности, – более определенно писал в период действия анализируемого правила проф. О. С. Иоффе, – должно быть передано покупателю в чистом виде, без каких бы то ни было обременений (в форме залога, имущественного найма и т. п.)»[8]. «Возможное правонарушение, – уточнял он, – состоит в том, что продавец отчуждает покупателю либо вовсе не принадлежащую ему вещь, либо такое имущество, определенными правами на которое (правом залога, правом найма и т. п.) обладают третьи лица. При этих условиях действительный собственник имущества или тот, кто обладает в отношении данного имущества соответствующими другими правами (залогодержатель, наниматель и т. п.), вправе предъявить иск о его отобрании к покупателю»[9]. Несмотря на то, что никаких оснований для такого рода суждений ни один из авторов не приводит, справедливость их позиции очевидна, напротив, явно далекой от совершенства выглядит приведенная выше редакция ч. 1 ст. 200 ГК 1922 г., позволяющая предположить, что перечень подлежащих учету обременений отчуждаемого имущества сформулирован как закрытый. Впрочем, отнюдь не исключено и другое, а именно: в рассматриваемой норме названы лишь *наиболее типичные* обременения имущества, отчуждаемого по договору купли-продажи.

В дальнейшем (см. ст. 241 ГК 1964 г.) законодатель, отказавшись от приведенной формулировки перечня прав третьих лиц, обременяющих имущество, о которых продавец обязан уведомить покупателя, установил обязанность продавца «предупредить покупателя о *всех правах* третьих лиц на продаваемую вещь». При этом в открытом пе-

[7] Хозяйственное право РСФСР. Т. 1. Гражд. кодекс. М., 1924. С. 194.
[8] *Иоффе О. С.* Советское гражданское право: Курс лекций. Отдельные виды обязательств. Л., 1961. С. 16.
[9] Там же. С. 17.

речне юридических обременений законодатель особо назвал права нанимателя, залогодержателя, пожизненного пользователя, закончив его недвусмысленным *«и т. п.»*. Одновременно в тот период можно говорить и о двояком подходе законодателя к различным юридическим обременениям отчуждаемого имущества: одни из них были *устойчивыми* и, сопровождая вещь в силу т. н. принципа следования, не могли быть устранены единственной волей нового собственника (см. ст. 202, 288 ГК 1964 г.), другие же, напротив, *не относились к числу непреодолимых* (так, в силу прямого указания закона, новый собственник имел право расторгнуть бессрочный договор безвозмездного пользования имуществом – см. ст. 348 ГК 1964 г.). Позднее (см. ст. 78 Основ 1991 г.) правило об обязанности продавца по уведомлению покупателя о правах третьих лиц в отношении отчуждаемого имущества было изменено: закрепляя обязанность продавца *передать имущество свободным от прав третьих лиц*, законодатель предпочел вовсе отказаться от упоминания каких-либо конкретных прав и определения хотя бы примерного круга обременений и установил, что «продавец обязан передать покупателю продаваемое имущество свободным от *любых прав* третьих лиц на это имущество».

Юридико-технический подход, воплощенный в ст. 78 Основ 1991 г., воспринял и действующий ГК РФ: обязанность продавца передать товар свободным от *любых прав* третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар с обременениями, предусмотрена в его ст. 460[10], а в ст. 461 и 462 ГК установлены некоторые особые обязанности, рассчитанные на случаи изъятия вещи у покупателя, а также специфические для такой ситуации санкции. И хотя ст. 460 ГК (в отличие от ст. 241 ГК 1964 г.) не упоминает об обязанности продавца уведомить покупателя о правах третьих лиц на имущество, из фразы, начинающейся словами *«за исключением случая...»* (а в ст. 78 Основ 1991 г. *«если только...»*), следует, что, если имущество обременено правами третьих лиц, продавец обязан информировать об этом покупателя, который может соглашаться на совершение договора

[10] Абзац 1 п. 1 ст. 460 ГК редакционно почти совпадает с аналогичным правилом ст. 41 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров», в которой говорится: «Продавец обязан поставить товар свободным от любых прав или притязаний третьих лиц, за исключением тех случаев, когда покупатель согласился принять товар, обремененный таким правом или притязанием». Как будет показано далее, правила, лаконично сформулированные в ст. 460 ГК и являющиеся относительной, но не абсолютной новеллой российского гражданского законодательства, тем не менее, не дают ответы на все вопросы, возникающие и могущие возникнуть при их применении.

или, напротив, отказаться от его заключения. Указанное исключение не ущемляет прав покупателя и не находится в противоречии с правилами абз. 1 п. 2 ст. 1 ГК, что следует из формулировки закона о *согласии покупателя принять товар, обремененный правами третьих лиц.* Мотивы такого согласия правового значения не имеют и могут быть различными (например, привлекательность вещи, относительно низкая цена, запрашиваемая продавцом с учетом прав третьих лиц, и др.).

С формулировкой обязанности продавца передать имущество свободным от прав третьих лиц некоторые авторы связывают едва ли не запрет отчуждения имущества, обремененного правами третьих лиц. С этим, разумеется, согласиться нельзя (и такой подход уже подвергался справедливой критике[11]), ибо в самом законе сказано, что с согласия покупателя *может быть продан товар, обремененный правами третьих лиц.* Кроме того, если продажа имущества, обремененного правами третьих лиц, без уведомления о них покупателя невозможна, то лишены были бы смысла ст. 300 ГК о сохранении прав на имущество при переходе предприятия или учреждения к другому собственнику, ст. 353 ГК о сохранении залога при переходе права на заложенное имущество к другому лицу, ст. 617 ГК о сохранении в силе договора аренды в случае перехода права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления, пожизненного наследуемого владения) на сданное в аренду имущество к другому лицу, а также целый ряд других.

Обязанности продавца передать товар свободным от прав третьих лиц корреспондирует соответствующее право требования покупателя, особенность которого состоит главным образом не в том, что при заключении договора покупатель вправе требовать от продавца информации об обременяющих вещь правах третьих лиц (хотя и в этом праве ему, разумеется, нельзя отказать): практически наиболее выразительно это право проявляется в случаях *нарушения* продавцом обязанности передать товар свободным от любых прав третьих лиц.

В связи с легальным закреплением в п. 1 ст. 460 ГК обязанности продавца передать товар свободным от прав третьих лиц возникает вопрос о правильном толковании понятия «*передать*», ибо от этого зависит решение другого вопроса: *на какой момент товар должен быть свободным от прав третьих лиц?* Рассуждая абстрактно, можно предположить три варианта ответа на последний вопрос, а именно:

[11] См.: *Климкин С. И.* Указ. соч. С. 82.

товар должен быть свободным от прав третьих лиц на момент заключения договора (1), на момент его передачи в смысле ст. 224 ГК или исполнения обязанности по передаче – см. ст. 458 ГК (2), наконец, на момент, когда продавец должен перенести право собственности на покупателя, говоря иначе, когда в отношении данного товара должен состояться переход права собственности от продавца к покупателю (3). Все варианты ответа имеют под собой определенное обоснование. Так, принимая во внимание, что обычно именно в договоре указывают, что товар свободен от прав третьих лиц, напрашивается вывод, что товар не должен иметь обременений *уже на момент заключения договора*. В то же время буквальное толкование абз. 1 ч. 1 ст. 460 ГК позволяет признать, что товар должен быть свободным от прав третьих лиц *именно в момент его передачи* покупателю, в пользу этого говорит и п. 2 ст. 460 ГК, в котором речь идет не о правах, а о притязаниях третьих лиц, имевшихся *к моменту передачи* товара покупателю. И все же можно себе представить, что в момент заключения договора купли-продажи имущество обременено правами третьих лиц, но к моменту его передачи обременения уже не существует, и наоборот: при заключении договора имущество свободно от прав третьих лиц, а к моменту его передачи оказалось обремененным. Учитывая нередко имеющий место временной разрыв между моментами заключения договора и передачей, оба варианта не надуманы, а реально возможны. Поэтому вполне логичен вопрос: в каком из них продавец нарушил свою обязанность?

Конечно, исполнение продавцом обязанности по договору, не ограничиваясь одной лишь передачей вещи во владение покупателя, требует еще и обеспечение перехода к покупателю права собственности. В то же время, принимая во внимание отчуждательный характер договора купли-продажи, т. е. его направленность именно на передачу имущества в собственность покупателю (1), значимость для реализации права собственности *всех* признаваемых законом за собственником правомочий в полном объеме (2), а также, что осуществление этих правомочий по своему усмотрению и в своем интересе становится возможным только при условии, что приобретенное имущество свободно от прав на него третьих лиц (3), следует прийти к выводу, что в ст. 460 ГК имеется в виду обязанность продавца передать товар покупателю свободным от прав третьих лиц *на момент перехода права собственности*. Поэтому в обоих названных выше вариантах в зависимости от того, как определен момент перехода права собственности на

товар к покупателю, не исключается как нарушение продавцом его договорной обязанности, так и отсутствие нарушения. Так, в условиях действия общего правила о переходе права собственности на отчуждаемый по договору товар в соответствии с системой традиции (см. п. 1 ст. 223 ГК) последний должен быть свободным от прав третьих лиц *к моменту передачи*; если же в соответствии с диспозитивностью правила п. 1 ст. 223 ГК законом или договором момент перехода права собственности определяется по консенсуальной системе, товар должен быть свободным от прав третьих лиц *уже к моменту заключения договора*. Наконец, если законом или договором момент перехода права собственности связывается с каким-либо иным обстоятельством, отличным и от момента заключения договора, и от момента передачи товара (скажем, с окончательной оплатой покупателем товара, переданного ему ранее), отчуждаемый товар должен быть свободным от прав третьих лиц *к моменту наступления данного обстоятельства*. Подтверждение сделанного вывода можно найти в ст. 461 ГК, обязывающей продавца возместить покупателю понесенные убытки в связи с изъятием третьими лицами товара по основаниям, возникшим *до исполнения* договора купли-продажи, т. е. не только до *передачи* товара во владение покупателя, но и до *перенесения на него права собственности*: как уже отмечалось, основная обязанность продавца включает в себя две составляющие, одна из которых – обеспечение перехода к покупателю права собственности.

III

В отличие от ст. 200 ГК 1922 г. и ст. 241 ГК 1964 г., механизм действия которых и наступление здесь же предусмотренных санкций никак не связывались с фактом *знания продавца* о существовании юридических обременений имущества, действие аналогичной по функциональному назначению и роли в механизме гражданско-правового регулирования отношений купли-продажи ст. 78 Основ 1991 г. оказалось поставленным в зависимость от вполне определенного *субъективного обстоятельства*. Основы 1991 г. установили обязанность продавца передать отчуждаемое имущество свободным от любых прав третьих лиц, *о которых он не мог не знать при исполнении договора*.

Статья 460 действующего ГК в соответствии с традициями предшествующих ГК РСФСР, не связывая нарушение продавцом обязанности по обеспечению юридической чистоты отчуждаемой вещи с его знанием о существовании юридических обременений, вновь расширила пределы применения соответствующих санкций[12]. Сегодня, таким образом, нарушение продавцом обязанности по обеспечению юридической чистоты отчуждаемой вещи налицо не только в том случае, когда он намеренно скрыл от покупателя факт существования обременения, но и во всех иных случаях неуведомления покупателя о принадлежащих третьим лицам правах на товар. Это значит, что при необеспечении продавцом юридической чистоты отчуждаемой вещи применение санкций абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК не основывается на вине продавца. И хотя в этом отношении ст. 460 ГК не отличается от ст. 475 ГК (в соответствии с которой продавец несет невыгодные последствия при обнаружении покупателем недостатков качества товара, если они не были оговорены продавцом), подходя с практической точки зрения, ситуация, когда продавец не знал бы о существовании прав третьих лиц на отчуждаемое имущество, по-видимому, является не столь распространенной. Но даже если продавец и докажет, что ему не было известно об этих обстоятельствах, применение санкций, предусмотренных абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, не исключается, по крайней мере, до тех пор, пока им же (продавцом) не будет доказано, что *покупатель знал или должен был знать* о правах третьих лиц на этот товар.

Мы подошли к необходимости систематического анализа и сопоставления правил, предусмотренных абз. 1 и абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, между которыми обнаруживается несогласованность. Так, согласно абз. 1 п. 1 покупатель лишается прав требований, установленных абз. 2 п. 1, лишь в случае, когда он *согласился* принять товар, обремененный правами третьих лиц. И хотя в абз. 1 этот случай представлен как исключительный, в абз. 2 содержится указание на то, что покупатель также лишается права требования, если будет доказано, что он *знал* или *должен был знать о правах третьих лиц*. Является ли это допол-

[12] Санкции, предусмотренные в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК (а ранее в ч. 2 ст. 200 ГК 1922 г. и ст. 241 ГК 1964 г.), являются *мерами защиты* покупателя, а санкция, предусмотренная в ч. 2 ст. 462 ГК (сущность которой состоит в том, что покупатель лишается права требования от продавца соответствующей компенсации, а последний освобождается от обязанности по ее уплате), – мерой защиты продавца. И лишь санкция в виде возмещения продавцом убытков покупателю в порядке п. 1 ст. 461 ГК представляет собой *меру ответственности*, что подтверждается самим названием ст. 461 ГК (см. также ст. 193 ГК 1922 г. и ст. 251 ГК 1964 г. – «Ответственность продавца за отсуждение вещи у покупателя»).

нительным основанием освобождения продавца от обязанности удовлетворения требований покупателя? Положительный ответ на этот вопрос был бы верным лишь отчасти. Так, если покупатель принял товар, *зная* о существовании прав третьих лиц, то отсюда неизбежно может и должен быть сделан вывод о том, что покупатель *согласился* принять товар, обремененный правами третьих лиц. Это верно еще и потому, что закон не устанавливает, в какой форме должно быть выражено согласие покупателя принять товар при наличии на него прав третьих лиц. А раз так, согласие может быть выражено и конклюдентными действиями, которыми следует признать принятие покупателем товара. Таким образом, *знание* покупателя о наличии юридических обременений вещи, о котором говорится в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, нельзя считать каким-то дополнительным основанием освобождения продавца от предусмотренных законом санкций, что, в свою очередь, не колеблет исключительности того основания освобождения продавца от санкций, которое предусмотрено в абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК. Этого, однако, нельзя сказать о том случае, когда покупатель хотя и не знал, но *должен был знать* о существующих юридических обременениях товара, ибо *долженствование знания нельзя признать равнозначным согласию*, о котором говорит абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК. Вот почему и в самом деле нельзя утверждать, что предусмотренное абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК основание освобождения продавца от санкций является единственным.

Полагаем, что дальнейшее сохранение автономии оснований и условий освобождения продавца от санкций, предусмотренных абз. 1 и абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, не имеет смысла. Напротив, учитывая, что знание покупателя при передаче товара о существующих обременениях по значению равнозначно его согласию принять товар с обременениями, более целесообразным видится их объединение. Поэтому в целях преодоления частичной несогласованности между правилами абз. 1 и абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК следовало бы подумать либо об исключении из абз. 2 слов «... *или должен был знать*...», либо из абз. 1 слова «... *за исключением*...» и далее до конца предложения. Предпочтительным все же представляется второй вариант решения: с одной стороны, как уже было замечено, знание покупателя об обременениях товара при его передаче по значимости равносильно его согласию принять данный товар с обременениями, с другой – этим была бы устранена видимость наличия двух оснований лишения покупателя соответствующего права требования. По существу же в обоснование такого предложения можно заметить следующее: в условиях, когда поку-

патель *должен был знать* о юридических недостатках приобретаемой вещи, несправедливо было бы возлагать все неблагоприятные последствия только на продавца, обоснованно полагающего, что покупателю известно об обременениях.

Вообще говоря, обременения отчуждаемой вещи правами третьих лиц, о которых идет речь в абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК, можно определить как наличие у последних вещных или (и) обязательственных прав, в той или иной степени ограничивающих свободу покупателя в осуществлении собственнических правомочий в полном объеме по своему усмотрению. Обременения отчуждаемого имущества – категория объективная. И хотя обременения существуют или не существуют независимо от знания о них как продавца, так и покупателя, данное обстоятельство (если рассматривать его с точки зрения покупателя) способно оказать и оказывает влияние на применение санкций в отношении продавца. Но что же представляет собой знание покупателя о юридических недостатках отчуждаемого имущества? Такое знание как будто бы свидетельствует об *умышленном* приобретении покупателем имущества с обременениями, в свою очередь, *долженствование знания* – о допущении покупателем *неосторожности* при совершении договора купли-продажи. Однако ни знание покупателя об обременениях отчуждаемого имущества, ни долженствование такого знания не позволяют говорить о его вине: не нарушая чьих-либо субъективных прав, а следовательно, и своих обязанностей, он не совершает правонарушения, а потому его поведение не является противоправным, а в условиях правомерности оно вообще не подлежит оценке с позиций «виновного» или «невиновного». Справедливость такого вывода основывается на традиционном подходе к пониманию противоправности и вины в праве вообще и гражданском праве в частности: первая заключается в *совершении запрещенного* или *несовершении предписанного* действия, вторая представляет собой психическое отношение *правонарушителя* к совершенному им *противоправному* действию или бездействию и наступившему результату[13]. В то же время нельзя не учитывать и того, что, как будет показано далее, отказ покупателю в удовлетворении его требований к продавцу является мерой защиты последнего, а применение мер защиты может и не быть связано с виной.

[13] См.: *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 92, 113.

IV

Подлинной новеллой следует признать правило п. 2 ст. 460 ГК, не известное ГК 1922 г. и ГК 1964 г., согласно которому нарушением продавцом обязанности по обеспечению юридической чистоты отчуждаемой вещи признается также ситуация, когда третьи лица имеют не только субъективные права, но и *притязания* в отношении товара к моменту его передачи покупателю, впоследствии в установленном порядке признанные правомерными[14], если продавец не докажет, что о данных притязаниях ему не было известно. Объяснение данной новеллы может быть достаточно простым: признанные правомерными притязания третьих лиц способны повлечь для покупателя такие же негативные последствия, как и обременения имущества субъективными правами или даже более значимые. В то же время условия удовлетворения требований покупателя в связи с юридическими недостатками приобретенного имущества *являются различными* и поставлены в зависимость от того, *идет ли речь о субъективных правах или о притязаниях третьих лиц*. В первом случае применение санкций не зависит от вины продавца, во втором – подчиняется принципу вины, на продавце же лежит обязанность доказывания ее отсутствия.

При обременении отчуждаемого имущества субъективными правами третьих лиц требования покупателя подлежат удовлетворению всегда, за исключением случая, когда продавец докажет, что покупатель знал о существовании обременений товара (т. е., как было установлено только что, согласился принять его) или, по крайней мере, должен был знать об этом. Предусмотренная законом санкция, как указывалось выше, подлежит применению независимо от вины продавца, но любая осведомленность покупателя о наличии таких обременений способна «*оправдать*» продавца и исключить применение соответствующих санкций. Если же покупатель знал об обременениях приобретаемого товара и все же согласился его купить, обременение следует рассматривать как согласованное условие договора, а продавца, передающего товар с обременениями, – исполняющим обязательство в соответствии с его условиями. Напротив, когда в отношении отчужденного имущества имелись *притязания* третьих лиц, впоследствии признанные правомерными (т. е. удовлетворенные судом), требования покупателя к продавцу удовлетворяются, если последний не докажет, что к моменту передачи товара *ему* (т. е. самому продавцу) *не*

[14] Примечательно, что в ст. 41 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров» речь идет о притязаниях третьих лиц *без указания на их правомерность*.

было известно об этих притязаниях. Другими словами, возложение на продавца санкций, в отличие от предыдущего случая, здесь подчиняется *началу вины*, при этом продавец доказывает отсутствие собственной упречности – т. е. *не знание (долженствование знания) покупателя* о правах третьих лиц, а *собственное незнание* о существовании притязаний последних (ср. абз. 2 п. 1 и п. 2 ст. 460 ГК).

Принимая, однако, во внимание, что для покупателя, в интересах которого и установлены правила ст. 460 ГК, характер юридического обременения едва ли является значимым настолько, чтобы служить обоснованием легальной дифференциации субъективных условий наступления последствий, вряд ли различие, установленное в п. 1 и п. 2 ст. 460 ГК, поддается какому-либо логическому объяснению. Едва ли способна объяснить его и попытка противопоставления друг другу самих категорий «*субъективное право*» и «*притязание*». Это не вызывает сомнений, так как вообще не ясно, какое содержание вкладывает законодатель в понятие «*притязание*», упоминаемое им в п. 2 ст. 460 ГК. Проводимая ст. 460 ГК дифференциация между правами третьих лиц (п. 1) и притязаниями (п. 2) позволяет предположить, что в п. 2 законодатель имеет в виду некие *особые обременения,* установленная правомерность которых позволяет применять к ним правила п. 1. Вместе с тем привести какие-то иллюстрирующие их примеры не представляется возможным. Не вносит ясности и предположение о том, что в п. 2 ст. 460 ГК имеются в виду *претензии* третьих лиц в отношении отчуждаемого товара, которые могут быть правомерными или неправомерными. Если претензии признаны правомерными, они «*превращаются*» в права третьих лиц на товар, при признании их неправомерными – утрачивают юридическое значение для сторон[15]. Таким образом, замена понятия «*притязание*» понятием «*претензия*» ничего нового в разъяснение первого не вносит, да и, по всей видимости, внести не может.

Но стоит ли в таком случае обремененность отчуждаемого имущества притязанием (которое в силу прямого указания закона должно быть основано на подлежащем защите субъективном праве) противопоставлять обремененности самим субъективным правом (которое, надо полагать, законодатель также имел в виду существующим и способным к защите) и, формулируя данные обременения в разных пунктах одной и той же статьи, устанавливать в них разные субъективные

[15] См.: *Мозолин В. П.* // ГК РФ. Комментарий. Кн. 1. М., 1999. Гл. 30 «Купля-продажа». С. 21.

условия наступления последствий для продавца? Отрицательный ответ на поставленный вопрос сомнений не вызывает, к тому же находит поддержку в ст. 41 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров», предусматривающей, что «продавец обязан поставить товар свободным от любых *прав* и *притязаний* третьих лиц...». Таким образом, распространение правила абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК на ситуацию, обозначенную в п. 2 ст. 460 ГК, помимо упомянутого выше порождает и другое пожелание по оптимизации ст. 460 ГК. В действующей редакции п. 2 ст. 460 ГК кажется не выполняющим полезной нагрузки, поскольку функции защиты покупателя в случае признания притязаний третьих лиц правомерными выполняет ст. 461 ГК. Имея в виду, что в п. 2 ст. 460 ГК говорится не просто о притязаниях в отношении товара, а о притязаниях, *признанных правомерными* (а значит, основанных на подлежащем защите субъективном праве), данный пункт следовало бы исключить вообще, предусмотрев в рамках единого правила случаи обременения вещи как субъективными правами третьих лиц, так и притязаниями. Итак, указанная выше необходимость преодоления частичной несогласованности в основаниях освобождения продавца от санкций, предусмотренных в абз. 1 и абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, с одной стороны, с другой – отказ от особого выделения в ст. 460 ГК п. 2 редакционно позволили бы существенно упростить данную статью и обеспечить ее внутреннее единство и согласованность.

V

Продолжая обсуждение положений ст. 460 ГК, необходимо подробнее остановиться на самих санкциях, предусмотренных в ее абз. 2 п. 1.

Вне зависимости от того, идет ли речь об обременении отчуждаемой вещи субъективными правами третьих лиц или имеющихся притязаниях, впоследствии признанных правомерными, покупатель по своему усмотрению вправе потребовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи. Очевидно, что первая – менее радикальная по своей сути санкция – направлена на мягкое (экономическое) преодоление неблагоприятных последствий для покупателя, создаваемых обременениями в приобретенном имуществе, вторая же, более радикальная санкция, выступает для покупателя юридическим

средством прекращения обязательства. В то же время характер обеих санкций предопределяет единство их применения, ограничиваемое только теми случаями, когда договор купли-продажи, по которому была отчуждена вещь с обременениями (притязаниями), является действительным, при этом отчужденная вещь не может быть изъята у покупателя третьими лицами. Итак, *действительность договора купли-продажи* (1) и *отсутствие оснований для изъятия у покупателя проданной вещи* (2) – таковы два условия реализации рассматриваемых санкций.

Гражданские кодексы 1922 г. и 1964 г., как и Основы 1961 г. и 1991 г., а также действующий ГК РФ ни в общих нормах о недействительности сделок, ни в специальных правилах, определяющих правовые последствия продажи вещи с юридическими недостатками, не содержат прямых указаний на недействительность договора по основанию наличия юридических обременений отчужденной вещи, а потому вопрос о недействительности договора купли-продажи по причине юридического обременения отчуждаемой вещи не возникал и не возникает[16]. А между тем, поскольку недействительный договор, как известно, не порождает никаких иных правовых последствий, кроме установленных на случай недействительности (см. п. 1, 2 ст. 167 ГК), это само по себе исключает возможность установления и реализации в его рамках санкций в виде уменьшения покупной цены и расторжения договора, которые, таким образом, безусловно свидетельствуют в пользу действительности договора купли-продажи[17].

---

[16] В то же время вопрос о недействительности такой сделки не исключается по другим основаниям, в частности, ввиду заблуждения или обмана покупателя продавцом (см. ст. 178, 179 ГК). Защита покупателя в таком случае будет протекать за рамками гл. 30 ГК посредством иска о признании договора купли-продажи недействительным, предъявленным по соответствующему основанию, и о реституции (см. п. 2 ст. 167 ГК). Хотя универсальное требование покупателя о возмещении убытков, которые состоят из реального ущерба и упущенной выгоды (см. п. 2 ст. 15 ГК), в данном случае не применяется (покупатель может претендовать только на *реальный ущерб* – см. абз. 2 п. 2 ст. 178, п. 2 ст. 179 ГК, что, понятно, менее защищает его интересы), данное требование можно было бы предусмотреть в качестве дополнительной альтернативы к имеющимся в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК санкциям. Учитывая, однако, что соответствующие правила изложены в Общей части ГК РФ, необходимость их особого закрепления в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК отсутствует.

[17] Применительно к большинству недействительных сделок, являющихся *ничтожными* и недействительными изначально (см. п. 1 ст. 167, ст. 168 ГК), отмеченное не вызывает сомнений и не требует дополнительных комментариев. *Оспоримые* же сделки, круг которых очерчен законом (см. ст. 168 ГК), как известно, вплоть до особого признания их недействительности являются *действительными*. Для признания их недействительными необходимо, по крайней мере, наличие трех обстоятельств, а именно: чтобы уполномоченные законом лица *инициировали* процесс оспаривания (1) и *доказали* наличие необходимых обстоятельств допустимыми процессуальны-

Поскольку ст. 460 ГК не проводит принципиального разграничения между вещными и обязательственно-правовыми обременениями проданной вещи, она, как видно, в равной мере не исключает саму возможность существования как тех, так и других. Поэтому речь, разумеется, не может и не должна идти о том, чтобы обсуждать действительность договора купли-продажи, исходя из вида юридического обременения проданной вещи, а в абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК проводить принципиальное различие между обязательственно-правовыми и вещными обременениями. К тому же это вступило бы в противоречие со многими легально установленными правилами. Известно, в частности, что имущество, закрепленное за юридическими лицами на правах хозяйственного ведения и оперативного управления (речь идет об унитарных предприятиях и учреждениях), в одних случаях может быть отчуждено юридическим лицом при непременном согласии собственника, в других – только самим собственником (см. абз. 1 п. 2 ст. 295, абз. 1 п. 1 ст. 297, п. 1 ст. 298 ГК); в то же время унитарное предприятие (кроме казенного) может самостоятельно распоряжаться закрепленным за ним движимым имуществом, казенное предприятие – произведенной продукцией, а учреждение – доходами от собственной деятельности (см. соотв. абз. 2 п. 2 ст. 295, п. 1 ст. 297, п. 2 ст. 298 ГК). Вопрос об обременениях отчуждаемого имущества в подобных случаях не возникает: при отчуждении унитарным предприятием имущества с соблюдением правил п. 2 ст. 295 и ст. 297 ГК в момент, когда происходит переход права собственности, право государственной или муниципальной собственности, а с ним и соответствующее вещное право отчуждателя прекращаются, при этом на стороне покупателя и в соответствии с его статусом возникает право собственности. Однако если государственное или муниципальное унитарное предприятие отчуждает имущество другому подобному ему субъекту либо государственному или муниципальному учреждению, при возможном сохранении права государственной или муниципальной собственности, прекраща-

ми средствами (2), а суд *вынес решение* о признании сделки недействительной (3). Имея в виду данный фактический состав, оспоримые сделки – это условно действительные сделки, сделки, являющиеся в силу прямого указания закона *действительными под легальным отменительным условием* (см.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Сов. государство и право. 1946. № 3–4. С. 48). Поэтому вплоть до принятия судом решения о недействительности оспоримой сделки она является действительной, а это не препятствует обсуждению вопроса о реализации покупателем санкций, предусмотренных абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК. Однако после публичного признания судом такой сделки недействительной вне зависимости от того, прекращается ее действие с момента совершения или только на будущее время (см. п. 3 ст. 167 ГК), требование покупателя о расторжении договора или уменьшении покупной цены исключается.

ется только вещное право соответствующего отчуждателя. Сходная ситуация имеет место и при отчуждении собственником имущества учреждения (см. п. 1 ст. 298 ГК). Напротив (и это прямо закреплено в законе), обременение правом хозяйственного ведения и оперативного управления будет иметь место, если право собственности на государственное или муниципальное предприятие как имущественный комплекс переходит к другому собственнику государственного или муниципального предприятия (т. е. при отчуждении имущества в рамках сохранения государственной или муниципальной собственности), а также если меняется собственник учреждения, рассматриваемого как имущественный комплекс (см. ст. 300 ГК). В силу прямого указания закона отчуждаемое по договору имущество могут обременять и иные вещные права (см., в частности, п. 2 ст. 271, п. 1 ст. 275 ГК, а также п. 2 ст. 292 ГК).

Во всех указанных случаях соответствие отчуждательных сделок требованиям закона не позволяет сомневаться в их действительности. Напротив, типичными примерами недействительности договора купли-продажи являются случаи отчуждения имущества, противоречащие императивным нормам законодательства. Так, учреждение не вправе отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет сметных средств (см. п. 1 ст. 298 ГК), поэтому если такая сделка все же состоялась, не вызывает сомнений ее ничтожность с вытекающей отсюда как последствие реституцией (см. п. 2 ст. 167, ст. 168 ГК). Аналогичным образом обстоит дело при отчуждении унитарным предприятием, основанным на праве хозяйственного ведения, объекта недвижимости (а казенным предприятием – любого закрепленного за ним имущества) без согласия собственника или несмотря на запрет такой сделки последним. Противоречие таких сделок правилам абз. 1 п. 2 ст. 295 и абз. 1 п. 1 ст. 297 ГК, а потому их ничтожность очевидны, в то же время последующее их одобрение собственником (если, к примеру, сделка состоялась без предварительного ее согласования) является важнейшей предпосылкой их действительности.

Сложнее решить вопрос о судьбе договора купли-продажи, в котором у продавца вообще нет вещных прав на отчуждаемое имущество. Известно, что уже римское право не требовало безусловного существования отчуждаемой по договору купли-продажи вещи на момент заключения договора и обязательного ее нахождения в собственности продавца. Постепенное развитие товарно-денежных отношений заста-

вило отказаться от первоначальной конструкции *«немедленной купли-продажи»* (в которой обязательство фактически поглощалось вещным актом передачи права собственности) в пользу привычного консенсуального договора купли-продажи со взаимными обязанностями сторон. Поэтому расширение сферы применения договора купли-продажи достигалось за счет *«отделения»* в самой конструкции *обязательственного* момента (в виде обязанности продавца передать покупателю владение вещью и обязанности покупателя принять и оплатить ее) от *вещного* (в виде получения покупателем права на вещь) и противопоставления их друг другу. В позднем римском праве договор купли-продажи чужих вещей, как чисто обязательственный акт, не считался недействительным, но предполагал обязанность продавца приобрести вещь у собственника и передать ее покупателю, а при невозможности этого (равно как и при необеспечении спокойного владения переданной вещью) покупатель получал против продавца иск[18]. Сегодня, исходя из смысла правил п. 1 ст. 223 и п. 2 ст. 455 ГК, отсутствие у продавца титула собственника на момент совершения отчуждательного договора также не влияет на его действительность.

И все же одно дело – вопрос о *действительности* или *недействительности* договора купли-продажи, не находящийся в зависимости от вещных или обязательственно-правовых обременений, другое – *изъятие* у покупателя приобретенной им по договору купли-продажи вещи. В отличие от обязательственно-правовых обременений (например, следующего за вещью права аренды – см. ст. 617 ГК), обременение проданной вещи вещным правом (скажем, правом хозяйственного ведения или оперативного управления) способно привести *к изъятию вещи у покупателя*. Это обеспечивает более серьезный для покупателя обременительный эффект и больший риск реализации цели договора, приводит к выводу о более радикальном характере последствий продажи вещи, имеющей вещное обременение, которое может служить основанием отсуждения вещи у покупателя. Но именно возможность

[18] Подробнее см.: *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 423; *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 512; *Новицкий И. Б.* Римское право. М., 1997. С. 176–178. Надо заметить, что потенциальной возможности отчуждения вещей, еще не существующих в природе, а также чужих (не принадлежащих продавцу) вещей римское право противопоставляло более строгое учение о *caus'*е: требование ее *возможности* (достижимости, осуществимости) воплотилось в известной максиме Цельса *«impossibilium nulla obligatio est»* (лат. – *невозможное не является обязательством*) (кстати, сформулированной именно в контексте купли-продажи) и раскрывалось посредством обращения к конкретным примерам физической, юридической и некоторым другим видам невозможности, обусловливающим *недействительность договора* (см.: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 440–441; *Новицкий И. Б.* Римское право. С. 129–130).

изъятия вещи у покупателя третьими лицами не только исключает реализацию санкций абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК (дело в том, что для такой ситуации в п. 1 ст. 461 ГК предусмотрена особая санкция), но и в известной мере объясняет, почему при толковании абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК наряду с широким и ничем не ограниченным подходом к пониманию упомянутых здесь «*любых прав*»[19] отдельные авторы предпочитают исключать случаи обременения отчуждаемого имущества виндикационным иском[20].

Принадлежащий покупателю выбор между требованием об уменьшении покупной цены и расторжением договора можно считать традиционным: такое правило содержали все предшествующие кодификации (см. ст. 200 ГК 1922 г., ст. 241 ГК 1964 г., ст. 78 Основ 1991 г.), с той лишь разницей, что в действующем ГК в контексте требования покупателя о расторжении договора нет указания на его право требовать возмещения убытков. Вместе с тем, учитывая правила ст. 15 и 393 ГК, признающие возмещение убытков универсальной гражданско-правовой санкцией (мерой ответственности), отсутствие в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК упоминания о возможности возмещения убытков при расторжении покупателем договора, тем не менее, вовсе не исключает возможности заявления соответствующего требования и его удовлетворение. Более того, при нарушении продавцом обязанности по обеспечению юридической чистоты отчуждаемого имущества выбор покупателя, осуществляемый им в рамках абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, по всей видимости, зависит от двух факторов – его собственного усмотрения (1) и характера обременения (2). Но поскольку в некоторых случаях такой выбор попросту исключен, приходится констатировать, что альтернатива между уменьшением покупной цены и расторжением договора не способна обеспечить все многообразие ситуаций, возникающих в жизни. Так, при удовлетворении судом виндикационного иска и изъятии вещи у покупателя выбор между требованиями, названными в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, не только невозможен *de jure* (ввиду существования правила п. 1 ст. 461 ГК, являющегося по отношению к абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК *lex specialis*), но и бессмыслен *de facto*, как не способный защитить его интересы. Покупателю остается одно: после предъявления к нему третьим лицом иска об эвикции и фактического

[19] См.: *Елисеев И. В.* // Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Гл. 30 (§ 2). С. 32; *Левшина Т. Л.* // Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный) / Под ред. О. Н. Садикова. М., 1999. С. 13.

[20] См.: *Климкин С. И.* Указ. соч. С. 84–85.

изъятия (отобрания) вещи обратиться к продавцу с требованием о возмещении причиненных убытков в соответствии с п. 1 ст. 461 ГК.

Сказанное позволяет сделать следующий вывод. Отсутствие вещных и обязательственно-правовых обременений проданной вещи одинаково верно охватывается общим требованием юридической чистоты отчуждаемой вещи, сформулированным в абз. 1 п. 1 ст. 460 ГК. Указанные обременения *не подлежат противопоставлению в рамках данного правила* и *не могут быть положены в основу решения вопроса о действительности или недействительности договора купли-продажи.* Все дело в том, что одни юридические обременения способны обусловить изъятие вещи, а другие – нет. В практической плоскости это проявляется *в разных санкциях, которые могут быть применены к продавцу* (см. абз. 2 п. 1 ст. 460 и п. 1 ст. 461 ГК). Суммируя изложенное выше, можно считать доказанным тезис о том, что санкции, предусмотренные в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, реализуемы только при совокупности двух условий: *заключенный договор купли-продажи должен быть действительным* (1), а *отчужденная по нему вещь не подлежит изъятию у покупателя* (2).

VI

Определяя последствия неисполнения продавцом информационной обязанности о правах и притязаниях третьих лиц, обременяющих товар, ст. 460 не содержит указания на срок, в который покупатель, узнав о юридических недостатках приобретенного имущества, должен известить продавца. Кодекс, однако, не оставляет без внимания аналогичный вопрос, когда речь идет об иных нарушениях продавцом договора купли-продажи (в частности, условий о количестве, ассортименте, качестве, комплектности, таре и (или) упаковке – см. п. 1 ст. 483 ГК), связывая с несвоевременностью оповещения определенные негативные для покупателя последствия (см. п. 2 ст. 483 ГК). Учитывая, что в п. 1 ст. 483 ГК дается исчерпывающий перечень нарушений продавцом условий договора (кстати, не касающихся титула продавца на переданный товар), на вопрос о возможности распространения правил п. 1 и 2 ст. 483 ГК на ситуацию, предусматриваемую абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, следует дать отрицательный ответ, в то же время не исключено их примене-

ние по аналогии закона (см. п. 1 ст. 6 ГК)[21]. Это позволило бы предотвратить угрозу предъявления покупателем требований, связанных с юридической обремененностью отчужденного имущества, спустя длительное и, по существу, неограниченное время после того, как покупатель узнал об этом. Но все-таки оптимальным решением вопроса о сроках реагирования покупателя вещи, имеющей юридическое обременение, было бы дополнение ст. 460 ГК самостоятельным пунктом, содержащим отсылочную к правилам ст. 483 ГК норму. И это еще одно пожелание по совершенствованию ст. 460 ГК (помимо двух указанных выше), что, кстати, соответствовало бы и международным стандартам[22].

В ст. 460 ГК не определено также, с какого момента у покупателя возникает право требования, предусмотренное абз. 2 п. 1 этой статьи. Между тем, правильный ответ на этот вопрос имеет немаловажное значение: во-первых, пока такое право у покупателя не возникло, не может быть реализовано и потенциальное требование; во-вторых, поскольку в соответствии с общим правилом ст. 200 ГК исковая давность начинает течь со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права, исковая давность не может исчисляться ранее, по крайней мере, возникновения самого права. Появление права требования, предусмотренного абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК, предопределено самим характером этого требования, производного от существа обременения, и определяется по моменту, с которого покупатель узнал или должен был узнать после передачи ему имущества о существовании прав (притязаний) третьих лиц. Фактом, подтверждающим знание покупателя о юридических недостатках приобретенной вещи (хотя, разумеется, не единственным обстоятельством, по которому можно судить об этом), выступает заявление своих прав третьим лицом и направление покупателю соответствующей претензии. С этого же момента начинается и течение срока исковой давности по этим требованиям.

Иначе должен быть определен момент возникновения права требования в соответствии со ст. 461 ГК (разумеется, при условии со-

[21] Полагаем, сходство отношений, позволяющее применить здесь аналогию закона, очевидно: ст. 483 ГК говорит о *недостатках* качества товара, а ст. 460 ГК – о *недостатках* юридического свойства, юридической чистоты товара.

[22] Так, согласно ст. 43 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров» покупатель утрачивает право ссылаться на нарушение продавцом обязанности поставить товар свободным от любых прав и притязаний третьих лиц, если он не дает продавцу извещения, содержащего данные о характере права или притязания третьего лица, *в разумный срок* после того, как он узнал или должен был узнать о таком праве или притязании. Правила ст. 44 предусматривают некоторое смягчение этого последствия, если у покупателя имеется *разумное оправдание* того, что он не дал требуемого извещения.

блюдения правил ст. 462 ГК), что явствует уже из самого ее названия – «Ответственность продавца в случае изъятия товара у покупателя». Буквальное толкование фразы *«при изъятии товара»* позволяет сделать вывод, что пока товар не изъят, не отобран, иначе говоря, судебное решение об изъятии не исполнено, у покупателя не возникает право на удовлетворение требования к продавцу о возмещении понесенных убытков. Между тем нельзя не признать, что вступление в законную силу судебного решения и его фактическое исполнение далеко не всегда совпадают во времени, нередко их разделяет длительный период. Само по себе вступление в законную силу решения об изъятии имущества означает признание, что покупатель изначально не приобрел право собственности по договору, а это порождает для него немалые неудобства, тревогу и переживания, связанные с возможным изъятием товара. В связи с этим возникает вопрос: вправе ли покупатель в этот период предъявить какие-либо требования к продавцу (а если вправе, то какие именно)?

Действительно, вступившее в законную силу решение об отсуждении вещи – основание для вывода о неисполнении продавцом обязанности по обеспечению перехода права собственности к покупателю, а потому продавец как неисполнившая обязательство сторона обязан возместить покупателю причиненные *убытки в размере покупной цены товара*. Но как быть, если вещь по каким-либо причинам так и не будет изъята у покупателя, т. е. почему-либо не будет исполнено вступившее в законную силу решение об изъятии вещи? Можно ли говорить тогда о возникших у покупателя убытках, учитывая, что не имея права собственности и иного титула владения, он все-таки владеет вещью фактически, не лишен возможности пользоваться ею, извлекать доходы и плоды, хотя и не может правомерно осуществить правомочие распоряжения и не пользуется правовой защитой (за исключением предусматриваемой п. 2 ст. 234 ГК)? В такой ситуации взыскание с продавца убытков в размере покупной цены может породить новый судебный процесс по возмещению неосновательного обогащения (см. гл. 60 ГК), истцом в котором будет продавец вещи, а ответчиком – покупатель. Для его возбуждения и удовлетворения кондикционного иска имеют место все необходимые основания: покупатель сохранил вещь (1) и получил возмещение убытков, которые фактически не понес (2). Возможное против этого возражение состоит в следующем: хотя вещь не изъята, покупатель, тем не менее, не является ее собственником, в связи с чем лишен возможности правомерного распоряжения ею и существенно ограничен

в возможностях защиты своего незаконного владения. Однако могут ли эти ограничения, имеющие место на самом деле, подвергаться точной оценке при установлении имущественных последствий в виде убытков покупателя и определять их размер? Ответ, по-видимому, должен быть отрицательным. Поэтому в случае со вступившим в законную силу решением суда об изъятии вещи и до его исполнения вместо требования о возмещении убытков в размере покупной цены покупателю целесообразнее использовать *процессуальное право* на предъявление иска о *возмещении убытков в полном объеме* (т. е. не только в размере покупной цены), причиненных неисполнением продавцом обязанности по перенесению права собственности, с одновременным заявлением ходатайства об обеспечении этого иска (см. гл. 29 ГПК РСФСР, гл. 7 АПК РФ).

Особая ситуация возникает, если собственнику отказано в удовлетворении иска об изъятии вещи по основанию пропуска исковой давности (см. п. 2 ст. 199 ГК). Вещь остается у покупателя, который, тем не менее, не становится ее собственником, собственник же не может восстановить утраченное владение вещью и потому является обладателем т. н. *nudum jus*. Очевидно, что покупатель – фактический владелец вещи – может стать ее титульным владельцем (собственником) только в порядке ст. 234 ГК, и уж совсем не вызывает сомнений то, что отказ собственнику в удовлетворении его иска об изъятии вещи в данном случае *не меняет оценки поведения продавца как стороны, не исполнившей своего обязательства перед покупателем по договору купли-продажи.* Однако поскольку несостоявшееся изъятие вещи исключает обращение к ст. 461 ГК и применение предусмотренной в ней меры ответственности, покупатель вправе рассчитывать лишь на санкции, применимые в условиях оставления у него вещи, а это, как было установлено выше, альтернативные меры защиты, предусмотренные в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК.

На вопрос о возможности компенсации при эвикции морального вреда, ответ должен быть отрицательным. В подобной ситуации вне всяких сомнений речь идет о нарушении *имущественных прав* покупателей, а возможность компенсации морального вреда для таких случаев не предусмотрена законом (см. ч. 1 ст. 151 ГК); учитывая это, нельзя забывать и о том, что покупателем, приобретшим вещь с юридическими обременениями, отнюдь не всегда выступает гражданин, на которого преимущественно ориентированы правила гл. 8 и § 4 гл. 59 ГК.

VII

После рассмотрения обязанности продавца по обеспечению юридической чистоты отчуждаемого по договору купли-продажи имущества, осмысления оснований применения санкций против продавца, обратимся к процедуре т. н. *эвикции* (*evictio*), которая в римском праве означала лишение покупателя владения вещью по судебному решению посредством предъявления вещного иска собственника или управомоченного лица[23].

Эвикция непосредственно связана с вопросом о реализации третьими лицами притязаний, направленных на истребование проданной вещи, при этом следует различать притязание, о котором идет речь в п. 2 ст. 460 ГК и притязание, о котором говорится в ч. 1 ст. 462 ГК. Дело в том, что притязание в п. 2 ст. 460 ГК, это, по существу, обременение товара, которое, учитывая смысл и функциональную нагрузку всей ст. 460 ГК, рассчитано как раз на возможность оставления вещи у покупателя, в противном случае, как уже упоминалось выше, становятся бессмысленными предусмотренные здесь же, в абз. 2 п. 1, санкции. В свою очередь, притязание третьих лиц на этапе возникновения спора об отсуждении вещи (ч. 1 ст. 462 ГК) – это притязание третьего лица к покупателю, всегда направленное на изъятие (отобрание) вещи, результативность которого после рассмотрения судом по существу спора об эвикции может быть троякой: иск об эвикции удовлетворен, если притязание основано на подлежащем защите субъективном праве (1); не удовлетворен, если по правилам ст. 302 ГК имущество не может быть истребовано от добросовестного приобретателя (2) или не удовлетворен потому, что притязание основано на таком субъективном праве, которое по той или иной причине не подлежит защите (например, третье лицо предъявило иск по истечении срока

[23] См.: *Бартошек М.* Римское право. Понятие. Термины. Определения. М., 1980. С. 122. Современная эвикция – это отсуждение третьими лицами вещи, отчужденной продавцом, посредством возбуждения эвикционного искового производства. Целям обеспечения эвикции вне всяких сомнений и сегодня служит *виндикационный иск* (см. ст. 301 ГК), что неудивительно: во-первых, основная функция виндикационного иска как раз и состоит в восстановлении нарушенного владения посредством истребования (отобрания, изъятия) вещи; во-вторых, ответчиком по нему выступает фактический владелец (в нашем случае приобретатель вещи по договору купли-продажи), что более всего соответствует редакции и смыслу правил ст. 461–462 ГК. И все же, принимая во внимание, что традиционно в нормах об эвикции не определена природа иска (см. ст. 192–194 ГК 1922 г., 250, 251 ГК 1964 г., 461, 462 ГК РФ), нельзя исключить возможности изъятия вещи посредством иного иска.

исковой давности, о чем было заявлено стороной в споре – см. п. 2 ст. 199 ГК) (3).

Регулированию эвикции посвящены ст. 461 и 462 ГК, при этом с логико-смысловой точки зрения изложение соответствующих правил целесообразнее было бы начать с закрепления дополнительных обязанностей сторон по договору купли-продажи, если третьим лицом к покупателю предъявлен иск об отобрании вещи (см. ст. 462 ГК), и только затем уже излагать правила об ответственности продавца за изъятие третьим лицом вещи у покупателя (см. ст. 461 ГК). Говоря иначе, ст. 461 и 462 ГК следовало бы поменять местами, как это и было в ГК 1964 г. (см. его ст. 250, 251). Именно в такой, логически-правильной последовательности и рассмотрим эти правила далее, хотя последовательность расположения норм в данном случае не меняет их существа, которое в сравнении с ГК 1964 г. в основном изменений не претерпело (ср. ст. 250 и 251 ГК 1964 г. со ст. 461 и 462 действующего ГК).

В том, каков будет результат эвикционного процесса, юридический интерес имеют как истец, так и ответчик, а также продавец. Этим обусловлены специфические обязанности, возлагаемые законом на покупателя и продавца спорной вещи. При возбуждении процесса об эвикции покупатель обязан привлечь к участию в деле продавца, последний же обязан вступить в это дело на стороне покупателя (см. ч. 1 ст. 462 ГК). Обязанность покупателя по привлечению продавца в эвикционный процесс отличается сложным характером: покупатель должен поставить в известность (проинформировать) продавца о притязаниях третьих лиц в отношении отчужденной вещи (материально-правовая составляющая), а также в соответствии с процессуальным законодательством (процессуальная составляющая) заявить ходатайство в суде о привлечении продавца к участию в возникшем процессе в качестве *третьего лица*[24]. Закон предусматривает и определенные санкции за неисполнение сторонами своих обязанностей в случае возбуждения процесса об эвикции.

Непривлечение продавца к участию в судебном процессе осложняет и даже усугубляет положение покупателя и способно повлечь освобождение продавца от ответственности, но лишь в том случае,

[24] Понятие *«третье лицо»* в процессе об эвикции неоднозначно: с точки зрения гражданского *материального права* третьим лицом является *истец*, инициировавший процесс об эвикции, с *процессуальной* же точки зрения третье лицо – это *продавец* спорной вещи, привлеченный в судебный процесс в качестве третьего лица на стороне покупателя.

если последнему удастся доказать, что его участие в процессе воспрепятствовало бы изъятию вещи у покупателя (см. ч. 2 ст. 462 ГК). Получается, что привлечение продавца к участию в процессе об эвикции дает ему шанс избежать ответственности перед покупателем посредством доказывания любых обстоятельств, способных предотвратить отсуждение вещи. Непривлечение продавца в этот процесс не признается само по себе безусловным основанием освобождения его от ответственности перед покупателем, которое возможно только при доказанности обстоятельств, способных предотвратить эвикцию. Следовательно, отказ продавца, не привлеченного в процесс об отсуждении вещи, доказывать возможность предотвращения им эвикции либо невозможность доказать это обстоятельство сопряжены с его ответственностью перед покупателем в виде возмещения понесенных последним убытков (см. п. 1 ст. 461 ГК).

Самостоятельная санкция предусмотрена и на случай неисполнения обязанности привлеченным в судебный процесс продавцом выступить в споре на стороне покупателя. Однако, если санкция в отношении покупателя *не является безусловной* и *зависит от поведения продавца*, санкция в отношении продавца в виде лишения права доказывать неправильность ведения дела покупателем (см. ч. 3 ст. 462 ГК) *не обусловлена действиями покупателя* и *имеет безусловный характер*. Но, во-первых, означает ли это, что даже если те или иные процессуальные действия покупателя привели к отсуждению вещи, они не должны приниматься во внимание и не имеют правового значения, как не способные предотвратить ответственность продавца перед покупателем? Во-вторых, что надлежит понимать под *«неправильностью ведения дела покупателем»* в смысле ч. 3 ст. 462? Неправильность представляет собой совершение покупателем *одного или нескольких ошибочных действий* (1) *процессуального характера* (2), *приведших в результате к отсуждению вещи* (3). Думается, что неправильность не зависит от того, является она *субъективной* (существующей только в представлении продавца) или *объективной*. Кроме того, вне всяких сомнений, здесь можно говорить о любых действиях покупателя, совершенных *случайно* или *неумышленно*. И все же несмотря на то, что правило ч. 3 ст. 462 ГК призвано обеспечить более полную защиту покупателя вещи, имеющей юридический недостаток, учитывая общий смысл п. 1 ст. 10 ГК, едва ли *неправильность ведения дела* охватывает собой и такие действия покупателя, которые направлены на *заведомый* проигрыш процесса (в частности, признание иска). Практически та-

кой вывод означает следующее. В случае, если процесс проигран покупателем умышленно и в надежде взыскать с продавца убытки в порядке ст. 461 ГК, продавец, даже привлеченный в процесс, но не принявший в нем участия, вправе доказывать, что покупатель неправильно вел дело, а его, продавца, участие могло бы предотвратить эвикцию. Далее все решают относимость, допустимость и достаточность приведенных им, а также покупателем доказательств. Говоря иначе, процессуальный статус такого продавца весьма сходен со статусом продавца, которого покупатель не привлек к участию в процессе (см. ч. 2 ст. 462 ГК).

VIII

Возмещение убытков в порядке ст. 461 ГК представляет собой меру гражданско-правовой ответственности продавца за неисполнение обязанности по обеспечению перехода права собственности на проданную вещь к покупателю. Однако такой вывод сам по себе еще не предрешает вопрос о *природе иска* покупателя к продавцу в связи с эвикцией вещи. Сегодня вопрос о природе указанного иска, как правило, не ставится и не обсуждается, и лишь в отдельных источниках есть ссылки на его регрессный характер[25]. В советской цивилистической литературе этот вопрос обсуждался и решался неоднозначно, что, в частности, отмечалось проф. И. Б. Новицким[26]: одни авторы (проф. К. С. Юдельсон, проф. О. С. Иоффе и др.) признавали данный иск *регрессным*[27], другие (в частности, сам проф. И. Б. Новицкий) – *прямым* иском о возмещении понесенных убытков вследствие неисполнения продавцом своего обязательства[28].

Приоритетное значение правильного определения природы обсуждаемого иска видится в том, что всякая правовая конструкция, являясь юридической моделью определенных общественных отношений, должна выражать их адекватно. Этому требованию, как нам кажется,

---

[25] См., напр.: *Елисеев И. В.* // Гражданское право. Ч. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Гл. 30 (§ 2). С. 32.

[26] См.: *Новицкий И. Б.* Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. М., 1952. С. 14.

[27] См.: *Юдельсон К. С.* Регрессные обязательства и основные институты советского гражданского права // Учен. зап. Свердл. юрид. ин-та, 1945. Т. 1; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 219.

[28] См.: *Новицкий И. Б.* Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. С. 28.

из двух предложенных конструкций иска покупателя к продавцу в связи с эвикцией соответствует конструкция *прямого иска* о возмещении понесенных им убытков. Не вдаваясь в детальное обсуждение вопроса о регрессе, заметим лишь, что в наиболее общих чертах регресс в договорной сфере предполагает существование двух самостоятельных, но связанных между собой обязательств, в каждом из которых одно и то же лицо выступает в разных качествах: в одном в качестве должника, а в другом, регрессном, – кредитора, при этом исполнение должником обязательства, в котором это лицо является кредитором (т. е. регрессного обязательства) зависит от исполнения последним обязанностей должника в другом обязательстве. Но именно это и отсутствует в том случае, когда покупатель предъявляет требование о возмещении убытков продавцом. Как справедливо отмечал проф. И. Б. Новицкий, продавец по договору купли-продажи обязан передать покупателю вещь в собственность. Отсуждение вещи у покупателя в связи с тем, что ее собственником был не отчуждатель, а третье лицо, означает не что иное как то, что продавец не выполнил свою обязанность, а потому при отсуждении вещи по существу создается положение, не отличающееся от того, как если бы продавец и вовсе не передал вещи. Следовательно, в ситуации, когда вещь отсуждена у покупателя ее собственником, имеет место факт неисполнения продавцом обязательства, а с учетом того, что продавец не был собственником вещи, он *не мог исполнить обязательство о передаче ее в собственность* покупателю. В этом случае требование покупателя может состоять не в исполнении обязательства, а лишь в возмещении убытков, вызванных неисполнением продавцом обязательства передать вещь в собственность. «Здесь перед нами, – писал проф. И. Б. Новицкий, – обычный «прямой» иск одного контрагента к другому, вытекающий из неисполнения договора; признаков регрессного, «обратного» требования здесь нет...»[29].

Правильное определение природы рассматриваемого иска помимо теоретического имеет и важное практическое значение. Так, ст. 461 действующего ГК вслед за ст. 193 ГК 1922 г. и ст. 251 ГК 1964 г. предусматривает возмещение *всех понесенных покупателем убытков* в случае изъятия у него вещи, включая и неполученный доход[30]. Напро-

[29] Подробнее там же.

[30] Любопытно заметить, что ст. 193 ГК 1922 г., предусматривавшая при отсуждении у покупателя вещи возмещение *всех* убытков, содержала отсылку к ст. 117, *«разумеющей»* под убытками как положительный ущерб в имуществе, так и упущенную выгоду, возможную при обычных

тив, регрессный иск, в котором требование регредиента к регрессату находится в зависимости от исполнения, совершенного регредиентом в другом обязательстве, и ограничивается размером платежа, произведенного регредиентом третьему лицу, не позволяет покупателю реализовать право на полное возмещение понесенных убытков (в частности, регресс не предусматривает возможности взыскания неполученного дохода). Так, согласно подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, приходящейся на него самого, а поставщик, понесший ответственность перед покупателем в условиях транзитной поставки, имеет право регресса к своему контрагенту – должнику по самостоятельному обязательству в размере уплаченных покупателю сумм. Вопроса об иных видах возмещений здесь не возникает. Помимо разницы в объеме возмещения, правильное определение природы рассматриваемого иска влияет и на *исчисление исковой давности*, учитывая, что начало ее течения по регрессному требованию подчиняется не общему правилу п. 1 и 2 ст. 200 ГК, а специальной норме п. 3 ст. 200 ГК. А поскольку по регрессному требованию течение исковой давности начинается с момента исполнения регредиентом основного обязательства, то и начало ее течения по общим правилам и согласно специальной норме может не совпадать, и, по-видимому, чаще всего не совпадает, что, разумеется, очень важно при решении спора.

Ответственность продавца перед покупателем по ст. 461 ГК в виде возмещения причиненных последнему убытков характеризуется следующим.

Во-первых, как уже отмечалось выше и с учетом только что сделанного вывода о характере иска покупателя к продавцу о возмещении убытков в связи с эвикцией, п. 1 ст. 461 ГК предусматривает обязанность продавца *возместить понесенные покупателем убытки* в соответствии со ст. 15 ГК. Это следует понимать как полное возмещение убытков, которые составляют уплаченная покупателем продавцу денежная сумма (размер которой, как представляется, должен определяться, исходя из средней рыночной цены вещи на момент вынесения

условиях оборота. ГК РФ не содержит аналогичной отсылки к ст. 15, однако само расположение последней в его «Общих положениях» означает, что во всех случаях возникновения обязанности возместить убытки сюда следует включать и неполученный доход, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере (см. п. 1 ст. 15 ГК).

решения), расходы по ведению дела и судебные издержки, а также неполученный доход.

Во-вторых. Ответственность продавца в виде возмещения убытков покупателю возникает лишь в случае *изъятия* вещи у покупателя. Поскольку в законе не конкретизируются правовые основания такого изъятия, ими, надо полагать, могут быть как доказанность того, что третье лицо является собственником (обладателем права хозяйственного ведения или оперативного управления) истребуемой вещи, так и доказанность иного владельческого титула, кроме, однако, случаев владения на основании договора с продавцом, когда в силу закона переход права собственности (иного вещного права) к другому лицу не является основанием для изменения или прекращения такого договора (см., например, п. 1 ст. 617 ГК). Несмотря на то, что в ст. 461 ГК не содержится указания на судебный порядок изъятия вещи, термин *«изъятие»*, тем не менее, следует понимать именно как отобрание вещи у покупателя на основании судебного решения. Необходимость обратить на это внимание связана с тем, что нельзя исключать случаи, когда покупатель во внесудебном порядке (т. е. добровольно) удовлетворяет требование третьего лица, посчитав представленные ему доказательства о наличии у последнего титула в отношении проданной вещи убедительными и обоснованными. Но добровольная (а не принудительная, как это следует из буквального толкования п. 1 ст. 461 ГК) передача вещи не позволяет возложить ответственность на продавца. И все же допустим, что после добровольной передачи вещи третьему лицу покупатель предъявил иск к продавцу о возмещении убытков, доказав при этом, что продавец все равно не смог бы предотвратить отсуждение вещи (в жизни такие случаи, по-видимому, могут встречаться, хотя и нечасто). Иск покупателя к продавцу о возмещении убытков в таком случае должен подлежать удовлетворению со ссылкой на все те же правила п. 1 ст. 461 и ч. 2 ст. 462 ГК, которые ввиду их непротиворечия существу отношений должны применяться в порядке *аналогии закона* (см. п. 1 ст. 6 ГК).

В-третьих. Для привлечения продавца к ответственности при изъятии у покупателя проданной вещи должно быть установлено, что юридические обременения вещи возникли и существовали *до исполнения* договора продавцом, независимо от того, когда (до или после исполнения договора) об этом стало известно продавцу и (или) покупателю. В противном случае обременение вещи зависит уже от самого покупателя, который, становясь собственником отчуждаемой вещи, по

общему правилу, в момент ее передачи, и должен нести убытки от своей хозяйственной деятельности.

В-четвертых. Возмещение продавцом убытков покупателю основывается *на начале причинения*, а не вины продавца, что соответствует правилу п. 1 и противоречит п. 2 ст. 460 ГК, рассмотренным выше. Противоречие между п. 2 ст. 460 ГК и п. 1 ст. 461 ГК, первый из которых закрепляет принцип вины, а второй – причинения, наглядно проявляется в том случае, когда изъятие у покупателя вещи третьим лицом состоялось, несмотря на то, что *ни покупателя, ни продавца нельзя упрекнуть в недобросовестности*[31]. В такой ситуации, как отмечает С. И. Климкин (автор анализирует п. 2 ст. 413 и п. 1 ст. 414 ГК Республики Казахстан, правила которых полностью совпадают с обсуждаемыми п. 2 ст. 460 и п. 1 ст. 461 ГК РФ), основываясь при решении вопроса о распределении имущественных потерь на п. 2 ст. 460 ГК, последние должен нести *покупатель*, если же решать этот вопрос по правилам п. 1 ст. 461 ГК – *продавец*[32]. Это и в самом деле так, однако нельзя забывать о том, что в п. 2 ст. 460 ГК принцип вины сформулирован законодателем применительно к таким санкциям-мерам защиты покупателя, как уменьшение покупной цены и расторжение договора, тогда как в п. 1 ст. 461 ГК принцип причинения сформулирован применительно к ответственности продавца в виде возмещения убытков, понесенных покупателем вследствие отсуждения вещи.

В-пятых. Возмещение продавцом убытков покупателю не носит безусловного характера, ибо продавец может быть освобожден от их возмещения при условии, если докажет, что покупатель *знал* или *должен был знать* о наличии оснований для изъятия вещи (см. п. 1 ст. 461 ГК). Данное обстоятельство, освобождающее продавца от ответственности, тождественно обстоятельству, защищающему его от санкций в виде уменьшения цены или расторжения договора, названному в абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК.

Наконец, в-шестых, правило об ответственности продавца за изъятие вещи у покупателя является императивным: ответственность *не может быть ни устранена, ни ограничена* (см. п. 2 ст. 461 ГК). В

---

[31] «Покупатель не может быть признан добросовестным приобретателем, – отмечается в п. 24 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» от 25.02.98, – если к моменту совершения возмездной сделки в отношении спорного имущества имелись притязания третьих лиц, о которых покупателю было известно, и если эти притязания впоследствии признаны в установленном порядке правомерными».

[32] См.: *Климкин С. И.* Указ. соч. С. 84.

связи с этим необходимо сделать, по крайней мере, два замечания. Прежде всего, такое соглашение действительно невозможно, но только *до наступления* обстоятельств, влекущих ответственность (ср. п. 2 ст.400 ГК), ибо если таковые уже наступили и соглашение об устранении или ограничении ответственности заключено уже *после того*, как решение об эвикции состоялось и вступило в законную силу, надлежит применять правила о полном или частичном прощении долга (см. ст. 415 ГК). Кроме того, из правила п. 2 ст. 461 ГК следует недопустимость *освобождения* продавца от ответственности или *смягчения* его ответственности, но отсюда вовсе не следует вывод о том, что эту ответственность нельзя *ужесточать* (например, введением в договор купли-продажи штрафной неустойки на случай изъятия у покупателя вещи в результате эвикции третьими лицом).

Таковы выводы и замечания, которые представляется возможным и необходимым сделать при обращении к ст. 460–462 действующего ГК РФ, посвященным обязанности продавца обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствиям ее неисполнения.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ТРАНСПОРТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ ПРИ ПЕРЕВОЗКЕ ГРУЗОВ В ПРЯМОМ И ПРЯМОМ СМЕШАННОМ СООБЩЕНИИ*

Одна из важнейших задач, поставленных XXIV съездом КПСС перед транспортом, состоит в том, чтобы наряду с дальнейшим развитием всех видов транспорта «...обеспечить их более согласованную работу, создание единой высокоэффективной транспортной системы страны»[1].

Единство транспортной системы создает самые благоприятные условия для осуществления перевозок с использованием перевозочных средств разных юридически самостоятельных транспортных организаций на основе единого договора перевозки, по единым транспортным документам, то есть перевозок прямого и прямого смешанного сообщения.

Экономически перевозки прямого сообщения представляют собой своеобразное кооперирование нескольких транспортных предприятий одного или разных видов транспорта для достижения законченного перевозочного результата – доставки груза в место назначения и выдачи его назначенному лицу. Своеобразие этого кооперирования заключается в том, что оно осуществляется внутри транспорта (одного или разных видов), а кооперирующиеся предприятия выполняют однородную перевозочную работу на пространственно различ-

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Правовое положение транспортных организаций при перевозке грузов в прямом и прямом смешанном сообщении // Проблемы советского государства и права. № 1–2. Иркутск, 1972. С. 125–136. – *Прим. ред.*

[1] Л. И. Брежнев. Отчетный доклад Центрального Комитета КПСС XXIV съезду Коммунистической партии Советского Союза. «Известия», 1971, 31 марта.

ных участках пути. Кооперирование транспортных предприятий основывается не на специализации, а на продолжении последующими участниками прямого сообщения процесса перевозки.

Юридически перевозка прямого сообщения оформляется единым договором, заключаемым начальным транспортным предприятием, принимающим груз к перевозке. В исполнении договора принимают участие также другие транспортные предприятия – конечное (места назначения груза) и транзитные (промежуточные). В связи с этим возникает необходимость определения правового положения продолжающих процесс перевозки прямого сообщения транспортных предприятий во взаимоотношениях между собой, с грузоотправителями и грузополучателями. Нельзя не различать эти два вида отношений, субъектный состав и основания возникновения которых неодинаковы. Вместе с тем исследователя правового положения транспортных предприятий при перевозке прямого сообщения должны интересовать прежде всего и больше всего отношения именно второго вида. Смешение этих отношений приводит к некоторым ошибочным выводам.

Правовая характеристика взаимоотношений между самими транспортными предприятиями, как и определение их правового положения в этих отношениях, не вызывает затруднений. В отличие от отношений, которые складываются при кооперировании в промышленности, отношения между транспортными организациями – участниками перевозки прямого (прямого смешанного) сообщения не являются договорными. Обязанность принимать в свое ведение груз и продолжать перевозку во исполнение заключенного договора перевозки возникает из закона (транспортных уставов, кодексов и соответствующих правил перевозок) и факта принятия груза к перевозке; для предприятий других видов транспорта при перевозках прямого смешанного сообщения – также из факта включения порта, пристани, автостанции, агентства, автохозяйства и аэропорта в прямое смешанное сообщение (ст. 98 Устава железных дорог Союза ССР[2]).

Прямое и прямое смешанное сообщение организует само государство в лице руководящих органов транспорта как экономически эффективный для удовлетворения потребностей народного хозяйства вид сообщения[3].

---

[2] В дальнейшем – УЖД.

[3] Заключаемые между транспортными организациями; принадлежащими к разным видам транспорта, узловые соглашения (ст. 111 УЖД) определяют порядок и условия передачи и приема грузов в пунктах перевалки. Они имеют важнейшее значение для организации работы перева-

В соответствии с принципом хозрасчета каждое транспортное предприятие получает за проделанную работу часть провозной платы и несет имущественную ответственность за допущенные при исполнении договора перевозки нарушения, обусловившие возникновение обязанности одного из них произвести уплату определенной денежной суммы грузоотправителю или грузополучателю.

Сложнее определить отношение конечного и транзитных транспортных организаций к договору перевозки, заключенному с грузоотправителем в пункте отправления, и уяснить вытекающую из договора ответственность в случаях его нарушения.

Из даваемого ст. 72 Основ гражданского законодательства определения понятия договора перевозки следует, что перевозчик принимает на себя обязанность не только выполнить перевозку на том отрезке пути, который включен в район деятельности транспортной организации, заключившей договор, но и обеспечить доставку груза в пункт назначения и выдачу его получателю. Не имеет решающего значения то, что эта организация не предполагается согласившейся выполнить обязательство только своими средствами[4]. По договору перевозки прямого сообщения устанавливается обязанность перевозчика доставить груз в назначенное место с участием в процессе перевозки всех транспортных предприятий пути следования груза до места назначения. Формулировка ст. 72 Основ дает также полное основание утверждать, что возникающее из договора перевозки в прямом сообщении обязательство является единым и неделимым[5]. Противоположное мнение[6] представляется ошибочным и не получило поддержки в юридической литературе.

Обязательство перевозки в прямом (прямом смешанном) сообщении предусматривает законченный результат, который не может быть разделен по долям: законченная продукция транспорта имеется, когда перевозка завершена, груз доставлен на место назначения. Поэтому невозможно предоставление отдельными транспортными пред-

---

лочных пунктов, но не являются юридическими фактами, порождающими обязанность участия в перевозке прямого смешанного сообщения.

[4] См. М. А. Тарасов. Договор перевозки. Изд-во Ростовского университета, 1965, стр. 257.

[5] См. Я. И. Рапопорт. О правовой природе грузовых перевозок в прямом и прямом смешанном сообщении, Научные записки Донецкого института советской торговли, вып. X (XII), Донецк, 1960, стр. 251; М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 248, 258.

[6] См. М. А. Аллахвердов. Правовые вопросы перевозки и буксировки по внутренним водным путям, изд. «Речной транспорт», М., 1955. стр. 99-100; его же, Советское внутренневодное право в борьбе за сохранность перевозимых грузов, изд. «Речной транспорт», М., 1956, стр. 37.

приятиями исполнения по долям. Признание обязательства перевозки прямого сообщения делимыми в «...том смысле, что каждый перевозчик обязан произвести исполнение договора в своей доле»[7] основано на отождествлении положения транспортных организаций – участниц прямого сообщения во внутренних отношениях между собой с их положением по отношению к грузоотправителю и грузополучателю.

Поскольку ни конечные, ни промежуточные транспортные организации в заключении договора перевозки с отправителем сами не участвуют, но обязаны его исполнять, а некоторые из них выступают или могут быть субъектами гражданской ответственности перед получателем или отправителем груза за нарушения договора перевозки, возникает вопрос о правовых основаниях этих обязанностей. Закон не определяет юридическую конструкцию рассматриваемых отношений, устанавливая лишь, что имущественную ответственность за нарушения договора перед грузополучателем (грузоотправителем) несет, по общему правилу, транспортная организация места назначения груза. В некоторых случаях к ответственности может быть привлечена транзитная транспортная организация.

Для определения правового положения конечного и промежуточных транспортных предприятий в отношении грузополучателя (грузоотправителя) необходимо определить, являются ли они субъектами обязательства, возникающего на основе заключенного начальным транспортным предприятием договора перевозки, а если они являются таковыми, то каким образом их воля получает выражение при заключении договора. Не всегда при исследовании правовой природы перевозки прямого сообщения ставится первый вопрос, в связи с чем, на наш взгляд, делаются ошибочные выводы.

Из общеизвестных положений, что субъекты обязательства обладают правами и (или) обязанностями, что стороны в договоре – это лица, участвующие непосредственно или через представителя в его заключении, следует, что начальная транспортная организация, принимая груз к перевозке и тем самым заключая договор, несомненно выступает в качестве его стороны. По соглашению с другой стороной – отправителем определяются условия договора, формируется в соответствии с законом и в рамках, предусмотренных законом, содержание договора. Определенные права и обязанности из заключенного договора приобретает и конечная транспортная организация: она обязана выдать доставленный груз адресату, вправе требовать от грузопо-

[7] М. А. Аллахвердов, там же.

лучателя в соответствии со ст. ст. 75 и 164 УЖД, ст. ст. 88 и 205 УВВТ окончательного расчета, а также уплаты в предусмотренных случаях штрафа, возмещения убытков, обязана рассматривать претензию в связи с нарушениями договора перевозки и возместить причиненные любым из транспортных предприятий, участвовавших в данной перевозке, убытки. Конечной транспортной организации принадлежат и другие права и обязанности. Отсюда следует, что и конечная транспортная организация признается законом стороной в договоре. Только в этом качестве ей могут принадлежать названные и иные права и обязанности.

Совершенно иным является положение промежуточных транспортных организаций. В отношении грузополучателя и грузоотправителя они не имеют ни прав, ни обязанностей[8], они вообще, как правило, в контакт с указанными лицами не вступают[9]. Промежуточные транспортные организации, выполняя перевозочную работу, несомненно участвуют в исполнении договора перевозки, каждая на определенном отрезке пути, передают и принимают груз один от другого, не вступая, однако, как правило, в правовые связи с грузополучателем и грузоотправителем.

Не соглашаясь с теми, кто не признает промежуточные транспортные предприятия субъектами договорного правоотношения перевозки в прямом сообщении, М. А. Тарасов указывает, что они не учитывают, например, установленную ст. 3 УЖД обязанность каждой железной дороги обеспечить успех перевозки, а также что в случае переадресовки груза в пути новая станция назначения может оказаться в районе деятельности промежуточного перевозчика, который согласно этой точке зрения не имеет никаких прав и обязанностей и отношении клиента[10]. Эти возражения представляются неубедительными.

Ст. 3 УЖД, обязывающая не только начальную и конечную, но и промежуточные железные дороги «обеспечивать успех перевозки» не дает решительно никаких оснований для вывода, что промежуточные дороги приобретают права и обязанности в отношении клиентуры. Обязанность транзитных дорог участвовать в исполнении договора перевозки невозможно отрицать, но отсюда не следу-

[8] См. О. С. Иоффе. Советское гражданское право, т. II, стр. 280.

[9] Это признают и некоторые сторонники точки зрения, согласно которой, все перевозчики – участники прямого сообщения выступают в качестве одной стороны (см. Я. И. Рапопорт. О правовой природе грузовых перевозок в прямом и прямом смешанном сообщении. Научные записки Донецкого института советской торговли, вып. X, 1960, стр. 260-261).

[10] См. М. А. Тарасов. Договор перевозки, 1965, стр. 95.

ет, что эта обязанность существует в отношении клиента. Обязанность участвовать в исполнении договора перевозки прямого сообщения у конкретной транзитной транспортной организации выступает как проявление обязанностей, вытекающих из утвержденного данному предприятию производственного плана, обязанностей, существующих у исполнителя в отношении вышестоящего органа, точно так же, как обязанность промышленного предприятия производить ту или иную продукцию вытекает из утвержденного ему производственного плана.

Что касается переадресовки груза в новый пункт назначения, могущий оказаться расположенным в сфере деятельности промежуточной транспортной организации, вследствие которой (переадресовки) последняя приобретает права и обязанности в отношении получателя (отправителя), то это легко объяснить, исходя из сущности переадресовки. Переадресовка, представляющая собой разновидность изменения договора перевозки, может вызвать изменение в его субъектном составе, в частности, на стороне перевозчика. Если после переадресовки груз подлежит выдаче в пункте деятельности одного из промежуточных транспортных предприятий, то это предприятие заменяет выбывшую конечную транспортную организацию, становясь на ее место и приобретая права и обязанности конечного транспортного предприятия.

Судебная и арбитражная практика допускает привлечение промежуточного транспортного предприятия в качестве соответчика по спору о несохранности груза и возложение на него обязанности возмещения за утрату или повреждение груза, наступившие по его вине. Ссылаясь на это, отдельные авторы стремятся доказать солидарный характер ответственности перед клиентурой по договору перевозки всех транспортных организаций (включая промежуточные), участвующих в данной перевозке прямого (прямого смешанного) сообщения, а следовательно, и солидарную обязанность промежуточных транспортных организаций[11]. Это вызывает возражения.

Привлечение промежуточного перевозчика в качестве соответчика допустимо лишь по договору перевозки в прямом смешанном сообщении и возможно при наличии материалов, подтверждающих утерю или повреждение груза до передачи его на дорогу или пароход-

[11] См. М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 260–261.

ство назначения[12]. Возложение в этом случае обязанности возмещения ущерба на промежуточное транспортное предприятие представляет собой не что иное как возложение прямой ответственности на виновного в возникновении ущерба исполнителя обязательства, не являющегося стороной[13]. Как известно, этот принцип широко применяется и в ряде других случаев, например, по договору поставки[14].

В подтверждение участия в договоре перевозки прямого смешанного сообщения промежуточных транспортных предприятий ссылаются на ст. 119 УЖД, ст. 166 УВВТ, предусматривающие ответственность за сохранность груза до момента фактической его передачи сдающей стороны, а после передачи – принимающей[15]. Однако указанные статьи не дают основания делать вывод, что имеется в виду ответственность перед клиентом. Общеизвестно, что получатель не вправе предъявлять претензию по поводу утраты или повреждения груза к смежной транспортной организации (ст. 170 УЖД, ст. 222 УВВТ)[16]. Норма § 111 Правил перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении предусматривает применение в соответствующих случаях прямой ответственности виновной в нарушении договора транспортной организации. Необходимым условием возложения такой ответственности является направление транспортной организацией места назначения груза претензии перевозчику другого вида транспорта, ответственному за утрату или повреждение. Это означает, что дорога (пароходство) назначения должна располагать

---

[12] См. постановление Пленума Верховного Суда СССР от 11 апреля 1969 г. № 2, п. 8 (Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924-1970 гг., М., 1970); Информационное письмо Госарбитража при Совете Министров РСФСР от 29 ноября 1962 г, № 2 И-17/28 п. III.

Арбитражная практика исходит из этих положений. Так, из порта Чехов в прямом смешанном сообщении была отправлена бумага на станцию назначения Барнаул. Груз выдан получателю с недостачей одного места. Установив, что Владивостокский порт передал дороге груз с коммерческим актом порта, в котором отмечено, что один рулон бумаги будет дослан, но досылка не состоялась, арбитраж взыскал стоимость недостающего груза с управления Дальневосточного морского пароходства (дело Госарбитража при Новосибирском облисполкоме, № 5-58 1966 г.).

[13] См. В. К. Райхер. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР, Изд-во Ленинградского университета, 1958, стр. 242 (сноска 8); Н. С. Малеин. В кн. Хозяйственное право, под ред. В. В. Лаптева, «Юридическая литература», 1970, стр. 253.

[14] См. Договоры в социалистическом хозяйстве, М., 1964, стр. 35; См. также «Советская юстиция», 1965, № 14, стр. 30.

[15] См. Т. Е. Абова. Об ответственности перевозчиков за сохранность грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении, «Советское государство и право», 1965, № 10, стр. 82.

[16] В письме от 25 марта 1967 г. № И-7-45 Госарбитраж при Совете Министров СССР подтвердил, что транспортными уставами и кодексами не предусмотрена возможность заявления прямых претензий и исков к органам водного транспорта, если конечный пункт перевозки – железнодорожная станция (см. «Социалистическая законность», 1967, № 7, стр. 84).

данными о виновности промежуточной транспортной организации. Только при этом условии обосновано и оправдано (необходимостью установления обстоятельств, при которых возникла утрата или повреждение груза) направление претензии промежуточному перевозчику. В остальных случаях, в том числе в тех, когда в ходе рассмотрения в арбитраже спора будет установлена его вина, возмещение взыскивается с конечной транспортной организации. Представляется, что в случае отклонения претензии промежуточной транспортной организацией иск должен быть предъявлен к конечному перевозчику, к которому и была предъявлена претензия. Не исключается возможность привлечения в процесс и перевозчика, отклонившего претензию. Предъявление иска только к последнему невозможно вследствие того, что промежуточная транспортная организация не является стороной в договоре перевозки. Интерес представляет следующее дело, рассмотренное арбитражем.

Деревообрабатывающий комбинат предъявил иск в Госарбитраж при Днепропетровском облисполкоме о взыскании стоимости с Тетеринского рейда «Камлесосплав» Управления Волго-Донского речного пароходства и Управления Приднепровской железной дороги недостающей лесопродукции. Признав, что управление дороги, являющейся конечным перевозчиком, не должно в данном случае нести ответственности, госарбитраж исключил его из числа ответчиков и направил дело для рассмотрения в Госарбитраж при Ростовском облисполкоме. Отдел обобщения практики и инструктирования Госарбитража при Совете Министров СССР, куда поступили исковые материалы, признав неправильными действия Госарбитража при Днепропетровском облисполкоме, в частности, указал: «Что касается исключения из данного дела Управления Приднепровской железной дороги, поскольку она как последний перевозчик в данном деле не может нести ответственности, то мотив, приведенный в определении Госарбитража, противоречит ст. ст. 170 и 177 Устава железных дорог и § 111 Правил перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении...»[17].

В обоснование существования договорных правоотношений между отправителем (получателем) и транзитными транспортными организациями приводится также ссылка на § 21 Правил перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении, согласно которому порты обязаны принимать от железных дорог грузы,

[17] См. «Советская юстиция», 1967, № 8, стр. 31.

прибывшие в пункты перевалки с соблюдением установленных сроков, несмотря на прекращение навигации, и требовать от грузоотправителей указаний, как поступить с грузом. Последние обязаны в десятидневный срок дать указания порту (пристани) о том, как поступить с грузом[18]. Нам представляется, что само по себе приведенное правило не подкрепляет положение, в обоснование которого оно выдвинуто. Оно предусматривает возникновение хозяйственных связей между промежуточным транспортным предприятием и отправителем, но не определяет их правовую природу, которая может быть охарактеризована с учетом всех взаимоотношений, складывающихся между транспортными организациями, участвующими в исполнении перевозки, и грузоотправителем и грузополучателем. Отношения, предусматриваемые § 21, находят объяснение в положении, занимаемом промежуточным перевозчиком как одним из фактических исполнителей обязательства перевозки, в котором он не является стороной.

Итак, на стороне перевозчика в договоре перевозки прямого и прямого смешанного сообщения выступают только транспортные организации пункта отправления и места назначения груза. Конечный перевозчик непосредственно сам не участвует в заключении договора. От его имени выступает начальное транспортное предприятие, действующее одновременно от своего имени и в качестве легального представителя транспортного предприятия назначения груза. Промежуточные транспортные предприятия являются только исполнителями обязательства, выступают в качестве третьих лиц, обязанных участвовать в исполнении обязательства в силу закона[19].

По мнению отдельных авторов, в этом качестве выступает и конечное транспортное звено. «Транспортное предприятие пункта отправления, заключившее договор перевозки (сторона договора), возлагает исполнение обязательства по частям на транзитные (промежуточные) транспортные предприятия, а также на предприятия пункта назначения в соответствии с нормами права, регулирующими перевозки в прямом и прямом смешанном сообщении»[20].

При определении правового положения транспортного предприятия пункта назначения груза (как и транзитных предприятий)

---

[18] См. Т. Е. А б о в а, указ. соч., «Советское государство и право», 1965, № 10, стр. 82.

[19] См. О. С. И о ф ф е. Советское гражданское право, т. II, стр. 280. Договоры в социалистическом хозяйстве, стр. 379-380.

[20] Е. Д. Ш е ш е н и н. Некоторые вопросы правовой природы договора перевозки. Сборник ученых трудов Свердловского юридического института, вып. 13. Теоретические проблемы гражданского права. Свердловск, 1970, стр. 122.

необходимо исходить из законодательства, регулирующего перевозки прямого (прямого смешанного) сообщения. Согласно этому законодательству, ответственность по договору перевозки возлагается на предприятие места назначения груза независимо от его собственной вины, то есть и за вину первоначального и промежуточных транспортных предприятий. Третье лицо, на которое возложено исполнение обязательства, в случаях привлечения его по принципу прямой ответственности отвечает только за свою вину. На него нельзя возложить ответственность, если установлена вина стороны в договоре. Напротив, сторона и только она может нести ответственность как за свою вину, таки за вину третьих лиц. Следовательно, конечное транспортное предприятие должно быть признано стороной в договоре перевозки, а не третьим лицом.

Начальное и конечное транспортные предприятия выступают в качестве одной стороны, являются содолжниками в отношении грузополучателя и грузоотправителя. Но здесь нет множественности лиц на пассивной стороне в обязательстве в ее традиционном правовом значении.

Множественность лиц на пассивной стороне в обязательстве в том значении, которое закон связывает с этой категорией, означает, что содолжники выступают либо как солидарно обязанные перед другой стороной, либо как обязанные по долям (ст. 179 ГК РСФСР). Начальную же и конечную транспортные организации нельзя считать ни солидарно обязанными, ни обязанными по долям перед грузополучателем и грузоотправителем. Это признается многими авторами, в том числе и теми, кто считает всех перевозчиков содолжниками[21]. Некоторые же авторы полагают, что ответственность по обязательству перевозки прямого сообщения является долевой[22], а другие – солидарной[23].

---

[21] См. М. К. Александров. Содержание договора грузовой перевозки, «Советское государство и право, 1954, № 4, стр. 107; Я. И. Рапопорт, указ. соч., Научные записки Донецкого института советской торговли, вып. X (XII), стр. 252-255; М. Е. Ходунов. Правовые вопросы перевозок прямого сообщения, 1960, стр. 51-63.

[22] См. К. К. Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву, М., 1958, стр. 125-128; Г. Б. Астановский. Ответственность перевозчиков за утрату и повреждение грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении. «Правоведение», 1959, № 1, стр. 33.

[23] М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 260 и др.

Мнение о долевой ответственности соперевозчиков основано на том, что в конечном счете ответственность за несохранность груза, следовавшего в прямом сообщении, а равно за просрочку в доставке несет виновное транспортное предприятие, а по договору перевозки в прямом смешанном сообщении виновное транспортное предприятие может нести прямую ответственность перед грузополучателем или грузоотправителем. Но с таким обоснованием нельзя согласиться.

Во-первых, обязательства могут признаваться долевыми только при условии, что предмет исполнения является делимым. По долевому обязательству каждый из должников обязан предоставить, а кредитор вправе требовать исполнения обязательства в определенной доле. Исполнивший свою долю должник из обязательства выбывает; для остальных должников оно сохраняется до предоставления каждым исполнения. Этот признак отсутствует в обязательстве перевозки. Оно, как отмечалось, является неделимым и считается исполненным, когда груз доставлен в место назначения и выдан управомоченному лицу. Следовательно, ни начальная, ни конечная организация (которые только и являются субъектами договора на стороне перевозчика) не могут признаваться обязанными предоставить кредитору исполнение в определенных долях.

Во-вторых, поскольку требование кредитора об исполнении обязательства в соответствии с его первоначальным содержанием направлено только на весь предмет и является неделимым, то в случае нарушения обязательства и возникновения в связи с этим обязанности возмещения убытков, которая в принципе делима, указанная обязанность не становится долевой, или, что то же, обязательство с новым содержанием (по возмещению убытков) также является неделимым.

В-третьих, отнесение убытков в конечном счете на транспортные организации по принципу виновного причинения отнюдь не подтверждает долевого характера ответственности по обязательству. В противном случае нельзя было бы вообще говорить о солидарной ответственности, так как и между солидарно обязанными должниками в конечном счете убытки распределяются по долям (ст. 183 ГК). Но обязательство характеризуется как солидарное или долевое не по тому, как распределяется ответственность между самими должниками, а по тому, обязаны ли они перед кредитором каждый в определенной доле обязательства или в полном объеме.

Наконец, транспортное законодательство (ст. 170 УЖД, ст. ст. 176 и 222 УВВТ) устанавливает, что требования, вытекающие из

нарушения договора перевозки, предъявляются к транспортной организации места назначения груза и не могут быть предъявлены ни к какой другой транспортной организации, чем исключается применение принципа долевой ответственности. Привлечение к прямой ответственности по договору прямой смешанной перевозки транспортной организации, не являющейся конечной, не представляет собой применения принципа долевой ответственности, поскольку обязательство перевозки является бездолевым. Даже в случае распределения убытков между начальной и конечной транспортными организациями и возложении на каждую обязанности возместить истцу определенную сумму нельзя говорить о долевой ответственности, хотя бы потому, что истец заявлять свои требования к каждому из соперевозчиков в определенных долях не вправе, что не характерно для долевых обязательств.

В обоснование солидарного характера обязательства перевозки в прямом (прямом смешанном) сообщении выдвигаются следующие аргументы. Предмет обязательства перевозки неделим, а при неделимости обязательства должники признаются законом солидарно обязанными[24]. «Исполнение, произведенное одним из должников, погашает обязательства содолжников; предъявление иска, вытекающего из солидарного обязательства к одному должнику, исключает возможность предъявления такого же иска и остальным солидарным должникам. Именно так организуются взаимоотношения транспортных организаций...»[25]. Наконец, поводом для вывода о солидарности обязательства служит правило, предусматривающее отнесение возмещенных транспортным предприятием грузополучателю (грузоотправителю) убытков на виновного перевозчика. Все это, однако, не является убедительным.

Неделимость обязательства признается законом одним из оснований возникновения солидарной обязанности должников. Но неотъемлемым признаком, присущим солидарному пассивному обязательству, закрепленным в законе (ст. 181 ГК), является право кредитора требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. Без этого признака пассивное солидарное обязательство утратило бы хозяйственную значимость и лишилось бы всякого смысла. Право кредитора требовать исполнения обязательства в полном объеме от любого должника и от всех вместе относительно больше обеспечивает

[24] См. П. Д. С а м о й л о в и ч. Договор морской перевозки по советскому праву. М., 1952, стр. 133; М. А. Т а р а с о в. Договор перевозки, стр. 258.
[25] М. А. Т а р а с о в. Там ж е, стр. 260.

его интересы, получение обусловленного в обязательстве. Но в обязательстве перевозки этот признак бесспорно отсутствует, что вынуждены признать и сторонники солидарности обязательства перевозки, указывая, что «...невозможность предъявления исков промежуточным организациям – участникам прямого смешанного сообщения несколько ограничивает применение начал солидарной ответственности»[26]. В данном случае речь должна идти не об ограничении начал солидарной ответственности, а о невозможности характеризовать обязательство перевозки как солидарное.

Транспортное законодательство не только устраняет возможность предъявления требования ко всем перевозчикам или нескольким из них. Оно исключает в одних случаях всякий выбор кредитором одного из них, категорически устанавливая, что требование предъявляется к транспортной организации места назначения груза, а в других ограничивает выбор между начальной и конечной транспортной организациями (ст. 170 УЖД, ст. 222 УВВТ, п. п. 154 и 157 Общих правил морской перевозки, ст. 112 ВК, § 40 Временных правил перевозки грузов в прямом смешанном железнодорожно-автомобильном сообщении 1958 г.[27], § 37 Временных правил перевозки грузов в прямом смешанном водно-автомобильном сообщении 1959 г.[28]). Определять характер ответственности по обязательству, игнорируя эти правила, утверждать, что это правила процессуального характера, установленные по соображениям удобства рассмотрения случаев несохранности груза и т. д., означает недопустимый отрыв теоретического вывода от закона.

Устанавливая процессуальный порядок предъявления и разрешения требований, возникающих в связи с нарушением обязательства, советский законодатель, несомненно, руководствуется соображениями удобства для участников правоотношений и стремлением обеспечить как установление истины в споре, так и быстрейшее разрешение его. Но легитимация обязанной стороны не может противоречить характеру ответственности (солидарная, долевая), поскольку определение субъектов, к которым кредитор вправе предъявлять требования, производно от характера ответственности по обязательству. Законодатель не может, признав данное обязательство солидарным пассивным, в то же время исключить право кредитора предъявлять требования к

[26] М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 266.
[27] См. Сборник законодательства по автомобильному транспорту, изд-во «Юридическая литература», М., 1964, стр. 154 и сл.
[28] См. там же, стр. 164 и сл.

любому из должников или ко всем вместе об исполнении в полном объеме, не парализуя вместе с тем солидарность обязательства. Когда же установлено, что кредитор может предъявить требование только к определенному должнику, вывод о солидарной обязанности должников грешит против истины.

Право транспортной организации, возместившей кредитору возникший не по ее вине ущерб, «переложить» на виновного перевозчика убытки не дает основания делать вывод о солидарности обязательства перевозки. Складывающаяся при этом ситуация напоминает положение, создающееся, когда один из солидарно обязанных должников предоставил исполнение кредитору в полном объеме. Но здесь нет полной аналогии, так как по обязательству перевозки убытки «перекладываются» на виновное транспортное предприятие, а по солидарному обязательству должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право обратного требования к остальным должникам (ст. 183 ГК).

Право обратного требования возникает не только из факта исполнения солидарной обязанности, но и в целом ряде других случаев (см., например, ст. ст. 389; 456, 463 ГК), к числу которых относится и требование транспортного предприятия, возместившего грузополучателю (грузоотправителю) убытки, к виновному перевозчику. Транспортные организации, будучи самостоятельными субъектами гражданского права, должны нести имущественную ответственность за надлежащее осуществление своей деятельности. Независимо от того, в качестве кого – субъекта обязательства перевозки или третьего лица, на которое возложена обязанность исполнения договора перевозки, выступает организация, виновная в причинении грузополучателю (грузоотправителю) убытков, на нее необходимо возлагать возникшие убытки. При этом условии все транспортные организации окажутся материально заинтересованными в надлежащем исполнении обязательства перевозки.

Обосновываемая характеристика отношений перевозки в прямом и прямом смешанном сообщении не является общепризнанной.

Согласно господствующей точке зрения, все транспортные организации, участвующие в перевозке прямого (прямого смешанного) сообщения, являются субъектами единого и нераздельного договорного обязательства. Заключая договор с грузоотправителем, начальный перевозчик действует от своего имени и в качестве легального представителя всех остальных транспортных организаций пути следования

груза. Будучи единодушными в главном – в том, что промежуточные транспортные предприятия являются участниками договора перевозки, – сторонники данной точки зрения расходятся в деталях. Так, по мнению М. А. Тарасова, перевозчик, заключающий с отправителем договор перевозки, выступает в качестве представителя всех последующих исполнителей и сам является исполнителем. «Каждый последующий перевозчик, вступая в договор, должен осуществить права и обязанности предшествующего перевозчика (не свои права и обязанности, а предшествующего перевозчика. – *Б. Х.*), которые вытекают из накладной»[29]. Напротив, Я. И. Рапопорт возражает против признания начального транспортного предприятия представителем каждого отдельного перевозчика. Начальный перевозчик выступает в качестве представителя «...всех транспортных предприятий как определенного по отношению к отправителю единства ("единого перевозчика")». Если бы начальный перевозчик выступал от имени каждого транспортного предприятия, то у каждого из этих соперевозчиков должны бы возникнуть определенные права и обязанности. Но у промежуточных перевозчиков, по общему правилу, не существует правовой связи с клиентами[30].

Одни из сторонников рассматриваемой точки зрения определяют вступление соперевозчиков в договор моментом принятия груза от предшествующего перевозчика[31], другие критикуют этот взгляд, указывая, что здесь отождествляется момент вступления транспортных организаций в обязательство с моментом, когда начинается исполнение обязательства этими транспортными организациями[32].

Признание промежуточных транспортных организаций субъектами договора перевозки, выступающими на стороне перевозчика, которые образуют множественность лиц, или в качестве единого перевозчика, основано на отождествлении участия в перевозке или, что то же, участия в исполнении договора и участия в обязательстве в качестве его субъекта. Субъекты договора перевозки имеют взаимные пра-

[29] См. М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 257.

[30] См. Я. И. Рапопорт. указ. соч. Научные записки Донецкого института советской торговли, вып X (XII), стр. 260-261.

[31] См. М. А. Тарасов. Договор перевозки, стр. 260.

[32] См. Б. В. Покровский. Понятие и участники договора железнодорожной перевозки. «Ученые записки» юридического факультета Казахского госуниверситета. Алма-Ата. 1957, стр. 183; Г. Б. Астановский. Гражданскоправовые вопросы перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении. Автореферат канд. дисс. Л., 1960, стр. 9.

ва и обязанности, возникающие с момента его заключения. Между тем, у промежуточных транспортных организаций с заключением договора не возникает в отношении отправителя и получателя ни прав, ни обязанностей. Неправильно считать, что такие права и обязанности у них возникают в момент принятия груза от предшествующего перевозчика. Во-первых, при таком определении момента вступления каждой последующей организации в обязательство невозможно обосновать обязанность конечной транспортной организации рассматривать претензию и возмещать стоимость утраченного в пути груза до его поступления в ведение этого перевозчика. Во-вторых, такое определение момента вступления в договор не согласуется с положением промежуточных транспортных организаций как представляемых субъектов. Известно, что по сделкам, совершенным представителем, права и обязанности возникают для представляемого с момента их совершения. Наконец, авторы этой конструкции не могут указать, какие именно права и обязанности в отношении клиента возникают у промежуточного предприятия с момента принятия груза. Обязанность продолжать перевозку существует у промежуточного транспортного предприятия не в отношении клиента.

Представляется искусственной точка зрения Я. И. Рапопорта, согласно которой все соперевозчики, включая промежуточных, образуют по отношению к отправителю единство («единого перевозчика»), представителем которого выступает начальное транспортное предприятие[33]. Слова «единый перевозчик» автор не случайно берет в кавычки, подчеркивая, что реально такой «единый перевозчик» не существует как субъект права. По-видимому, о единстве перевозчиков прямого сообщения по отношению к клиенту можно говорить в экономическом смысле, имея в виду осуществление ими единого процесса перевозки от места отправления до пункта назначения груза. Представлять же в правоотношении можно только реально существующих субъектов. Не потому ли автор, противореча себе, говорит, что на стороне перевозчика «...имеет место в особой правовой форме множественность лиц»?[34]

[33] См. Я. И. Рапопорт, указ. соч. Научные записки Донецкого института советской торговли, вып. X (XII), стр. 260.
[34] Я. И. Рапопорт, там же, стр. 250.

Правовые последствия этой множественности отличаются от закрепленных в законе последствий множественности лиц в обязательстве, в связи с чем Я. И. Рапопорт предлагает дополнить уже известные советскому гражданскому праву виды ответственности в обязательстве с несколькими должниками – долевую, солидарную и субсидиарную новым видом ответственности, условно называемой им исключительной. Однако в принципе автор признает, как видно из сказанного, множественность лиц в обязательстве перевозки прямого сообщения. Но так как промежуточные транспортные организации и с точки зрения Я. И. Рапопорта не состоят в правовой связи с клиентом, они не входят в множественность лиц и, следовательно, субъектами договора перевозки не являются.

МЕРЫ ПООЩРЕНИЯ КАК СРЕДСТВО СТИМУЛИРОВАНИЯ В ТРАНСПОРТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ*

Надлежащее исполнение хозяйственных обязательств является неизменным требованием законности, плановой и договорной дисциплины, условием нормального функционирования народно-хозяйственного комплекса. Значение этого требования в условиях радикальной экономической реформы и усиления хозяйственной самостоятельности объединений и предприятий, как ее следствия, не только не снижается, но и серьезно возрастает. Повышается и роль правовых средств, гарантирующих безусловное исполнение принятых хозяйственными субъектами на себя обязательств. Среди них наряду с различного рода санкциями важная роль принадлежит мерам поощрения, прежде всего материального поощрения, поскольку, как справедливо отмечается в литературе, экономический интерес – самый мощный и решающий стимул человеческого поведения[1].

Стимулирующая сила мер поощрения способна вызвать желательное государству, обществу, коллективу поведение не в меньшей степени, чем санкции. Меры материального поощрения, надлежаще сконструированные, «работают» в том же направлении, что и санкции имущественного характера: экономически стимулируют желательное поведение.

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Меры поощрения как средство стимулирования в транспортных правоотношениях // Совершенствование правового регулирования имущественных отношений. Иркутск, 1992. С. 77–85. – *Прим. ред.*

[1] *Масевич М. Г., Покровский Б. В., Сулейменов М. К.* Правовые вопросы материального стимулирования предприятий. Алма-Ата, 1972. С. 48.

Нельзя противопоставлять санкции и меры поощрения: у них общая цель – стимулировать исполнение обязательств. Меры поощрения относятся к средствам позитивного, санкции – негативного стимулирования. Поэтому в новых условиях хозяйствования приобретает особо важное значение оптимальное сочетание санкций (в том числе мер ответственности) и мер поощрения. Другое дело, в каких случаях следует стимулировать поощрением надлежащее исполнение. По-видимому, едва ли целесообразно только нормативно определять перечень таких случаев. Предпочтительнее, чтобы субъекты обязательства сами могли принимать решение, учитывая конкретные обстоятельства: особую заинтересованность кредитора в надлежащем исполнении и его значение прежде всего для последнего, но не только для него, состояние дисциплины исполнения данного вида обязательств и др.

Нисколько не умаляя значения и эффективности санкций, следует отметить, что меры поощрения обладают не присущими санкциям положительными качествами. Во-первых, поощрение способно стимулировать не только надлежащее, т. е. в точном соответствии с содержанием обязательства, но и улучшенное исполнение.

Нельзя согласиться с утверждением о том, что «поощрять, видимо, есть смысл не выполнение возложенной обязанности (это следует требовать безусловно, как должное), а перевыполнение либо досрочное, высококачественное, экономическое (точнее – экономичное. – *Б. Х.*) выполнение»[2]. Более обоснованно мнение, согласно которому иногда есть смысл поощрять и надлежащее исполнение[3]. Во-вторых, побуждающая желательное поведение сила поощрения гарантируется не угрозой, устрашением применения санкций в случае отступления от должного, т. е. негативной в отношении нарушителя реакцией, а позитивной реакцией на правомерное поведение, порождающей совершенно иной, благоприятный психологический климат в отношениях между обязанным и управомоченным субъектами.

Однако едва ли будет преувеличением утверждение, что в гражданско-правовых отношениях меры поощрения используются недостаточно. Юридические гарантии исполнения представлены в ос-

---

[2] *Баранов В. М.* Поощрительные нормы советского социалистического права. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1978. С. 43.

[3] См.: *Пронина М. Г.* Обеспечение исполнения норм гражданского права. Минск, 1974. С. 159. Применение в хозяйственном законодательстве мер материального поощрения за надлежащее исполнение плановых и договорных обязательств отмечает Б. М. Сейнароев в работе: План и договор: материальное стимулирование. М., 1989. С. 59.

новном односторонне, в виде санкций за допущенные нарушения, предусматривающих имущественную ответственность. Достаточно отметить, что ни Основы гражданского законодательства, ни ГК союзных республик не содержат не только конкретных норм, предусматривающих меры поощрения за улучшенное или надлежащее исполнение, но и общих положений (принципов) о поощрении исполнения обязательств.

Многочисленные правовые нормы, устанавливающие различные и, как правило, детализированные виды санкций за нарушения хозяйственных обязательств без права в большинстве случаев их изменения сторонами, – одно из проявлений командно-административной системы управления в сфере хозяйственных отношений между социалистическими организациями[4]. В этих условиях предприятиям ничего другого не оставалось, как включать в договоры (кстати сказать, во многих случаях формальные) санкции, установленные императивными нормами. В сочетании с лишением их права определять направление взысканных санкций, а порой и их незначительностью, это приводило довольно часто к отказу от их взыскания. Все это, естественно, не способствовало укреплению хозяйственной и договорной дисциплины, безусловному исполнению обязательств, реализации принципа – договоры должны соблюдаться.

Осуществляемая экономическая реформа, усиление хозяйственной самостоятельности предприятий, объединений, расширение их правомочий по распоряжению своими средствами, создание новых самоуправляемых хозяйственных образований открывает новые возможности для проявления хозяйственной инициативы, использования средств стимулирования, в том числе поощрения, надлежащего и улучшенного исполнения обязательств. В соответствии с Законом о государственном предприятии (объединении) предприятие вправе по собственной инициативе принимать все решения, если они не противоречат действующему законодательству (ст. 2). В этой связи одна из задач правовой науки состоит в усилении внимания к научному исследованию сущности и применения мер поощрения в качестве стимулов желательного поведения граждан и их коллективов.

---

[4] Постановлением Совета Министров СССР от 30 июля 1988 г. № 929 признано необходимым резко сократить число экономических (имущественных) санкций, установленных законодательством, и предусмотрено более широкое использование предприятиями, объединениями и организациями права определения имущественной ответственности за нарушение обязательств в заключаемых договорах // СП СССР. Отдел первый. 1988. № 28. С. 77.

Нельзя сказать, что проблемы поощрительных норм и поощрительных мер в науке советского гражданского права не изучались. Однако имеется необходимость продолжения их исследования, в том числе исследования мер поощрения при регулировании отдельных групп общественных отношений, в частности отношений перевозки грузов, которые рассматриваются в настоящей статье.

В транспортном законодательстве содержится ряд норм, предусматривающих меры поощрения в основном клиентуры транспортных организаций главным образом за улучшенное исполнение обязанностей и лишь отдельные нормы, определяющие поощрение транспортных организаций.

Одной из важнейших задач транспортных организаций является своевременное и полное удовлетворение потребностей народного хозяйства в перевозках. Решение этой задачи во многом зависит от степени эффективности использования перевозочных средств.

Для повышения эффективности использования грузовых вагонов, контейнеров, судов, автомобилей решающее значение имеет сокращение простоя под грузовыми операциями, оптимальное использование грузоподъемности (вместимости) подвижного состава, ускорение доставки грузов, маршрутизация перевозок. Повышение эффективности использования подвижного состава – один из существенных резервов освоения все увеличивающихся грузопотоков и условие, если можно так сказать, интенсивного развития транспорта. Оптимальное использование подвижного состава позволяет при данном объеме перевозочных ресурсов в большей мере удовлетворить потребности народного хозяйства в перевозках. Поэтому наряду с четким определением в регулятивных нормах обязанностей грузоотправителей, грузополучателей и транспортных организаций и установлением в охранительных нормах мер ответственности за их нарушения, надлежащее и улучшенное исполнение может и должно стимулироваться также мерами поощрения, направленными на повышение экономической заинтересованности в таком исполнении.

Одним из важных источников увеличения перевозочных ресурсов для удовлетворения возрастающих потребностей в перевозках является сокращение времени простоя и увеличение времени нахождения в движении вагонов, автомобилей и другого подвижного состава. Основным средством стимулирования соблюдения грузоотправителями и грузополучателями установленных норм времени для выполне-

ния грузовых работ является ответственность за сверхнормативный простой.

Ответственность за сверхнормативный простой установлена транспортным законодательством на всех видах транспорта, кроме воздушного, на котором грузовые работы выполняются по общему правилу перевозчиком. Ответственность предусматривается в виде нормативной исключительной неустойки. Несмотря на неоднократные увеличения ее размеров, она не выполняет в достаточной мере стимулирующей функции. Как отметил министр путей сообщения СССР, «...существующие экономические санкции, т. е. штрафы, которые платят грузоотправители и грузополучатели, не оказывают практически никакого воздействия на сокращение простоя вагонов»[5]. Простои вагонов и контейнеров на железных дорогах принимают нередко угрожающий характер. Однако меры поощрения в качестве стимулятора сокращения сверхнормативных простоев используются явно недостаточно. В актах транспортного законодательства такие меры и не предусматриваются. Исключение составляют ст. 114 КТМ и п. II Положения о взаимной имущественной ответственности ... за невыполнение плана перевозок экспортных и импортных грузов[6], устанавливающие, что за досрочную погрузку или разгрузку судов, производившиеся отправителем или получателем, перевозчик выплачивает выполнявшему грузовые операции премию в размере половины штрафа за простой судна. Справедливо отмечается необоснованность установления различных размеров имущественной ответственности и материального поощрения, имея в виду единство цели тех и других мер – стимулирование сокращения простоя подвижного состава под грузовыми операциями[7]. В целях устранения необоснованного различия необходимо, по крайней мере, уравнять размер премии за досрочную погрузку или выгрузку с размером штрафа за сверхнормативный простой.

Материальное поощрение недостаточно эффективно используется и на других видах транспорта. Премии за досрочную погрузку и выгрузку незначительны по размеру и потому их стимулирующий заряд невысокий. Поэтому размер премии должен быть повышен. Наря-

---

[5] См.: Гудок. 1988. 8 дек.

За сверхнормативные простои подвижного состава на подъездных путях грузоотправителями и грузополучателями в январе-октябре 1989 г. уплачено железным дорогам более 200 млн. руб. штрафа // Гудок. 1989. 17 дек.

[6] СП СССР. 1965. № 14. Ст. 105.

[7] См.: *Сейнароев Б. М.* План и договор: материальное стимулирование. М., 1989. С. 86.

ду с этим представляется целесообразным нормативно закрепить право грузоотправителей и грузополучателей, обеспечивающих при выполнении грузовых работ экономию времени против установленных нормативов, на первоочередное предоставление перевозочных средств, а также для сверхплановой и внеплановой погрузки[8].

Своеобразной мерой поощрения выполнения грузоотправителями и грузополучателями грузовых работ в установленные сроки могло бы послужить введение учета простоя вагонов за определенный период (например, сутки, пятидневку) и определение сверхнормативного простоя за этот же период. Такой порядок стимулировал бы в случае сверхнормативного простоя одних вагонов сокращать время на погрузку (выгрузку) других[9] с тем, чтобы уложиться в нормы простоя за соответствующий период и не нести ответственность за сверхнормативный простой. Такое своеобразное поощрение стимулировало бы надлежащее исполнение и выражалось бы в данном случае не в предоставлении дополнительного имущественного блага за такое исполнение, а в сбережении блага в виде денежных сумм, которые следовало уплатить за простой вагонов, обработанных с нарушением норм простоя.

Для обеспечения более полного использования перевозочных ресурсов железных дорог и сокращения сроков доставки грузов важное значение имеет маршрутизация перевозок. Устав железных дорог устанавливает, что месячные планы перевозок должны предусматривать перевозку маршрутами, и возлагает на грузоотправителей обязанность предъявлять к перевозке ряд грузов, как правило, отправительскими маршрутами. В определенных случаях для отправителя может быть установлено обязательное количество маршрутов (ст. ст. 22 и 23 УЖД). УЖД предусматривает и самостоятельную ответственность за необеспечение погрузки маршрутов (ст. 144 УЖД).

Наряду с ответственностью за нарушения обязательств по погрузке в маршруты предусмотрено и материальное поощрение за маршрутизацию. Поощрение введено в 1982 г. в виде отчисления железными дорогами от доходов за грузовые перевозки средств на пре-

[8] Такая мера поощрения предусмотрена Методическими указаниями по внедрению комплексной системы эффективного использования вагонов (КСЭИВ) на подъездных путях предприятий, организаций и станциях железных дорог (Сборник правил перевозок и тарифов железнодорожного транспорта Союза ССР. М., 1983. № 289). Но переход на работу по этой системе осуществляется на договорных началах.

[9] Ср.: *Лянцдрес В. Б.* Право и эффективность использования вагонов и контейнеров. М., 1989. С. 51.

мирование работников предприятий и организаций – грузоотправителей и транспорта. Однако ввиду незначительности размеров (от 20 до 94 копеек за каждый вагон) поощрение слабо стимулировало отправление грузов маршрутами. С переходом дорог на полный хозрасчет и самофинансирование положение значительно ухудшилось. Согласно действовавшему порядку, средства на выплату вознаграждения отправителям и работникам транспорта за отправление грузов маршрутами отчислялись от доходов за грузовые перевозки. «Теперь же премии за маршрутизацию, в том числе отправителям, должны выплачиваться из фонда материального поощрения (ФМП) отделения дороги. Уже сложилось мнение: маршрутизация не добавляет средств в ФМП, а выплачивать премии отправителям надо. Не лучше ли не выполнять задания по маршрутизации и не тратить деньги из фонда материального поощрения?»[10] Новый порядок выплаты средств на премирование не соответствует значению маршрутизации перевозок для железных дорог. Справедливо отмечается, что эффект от сокращения переработок вагонов на сортировочных станциях сети получает в целом железнодорожный транспорт. «Так почему же вознаграждение за дальние маршруты должно выплачивать отделение, а не Министерство путей сообщения?»[11] Должен быть восстановлен порядок отчисления средств на премирование за маршрутизацию от доходов за грузовые перевозки.

В условиях осуществления хозяйственной деятельности железными дорогами на началах полного хозрасчета и самофинансирования право определения размера поощрения за маршрутизацию должно быть предоставлено Министерству путей сообщения. Нет необходимости в этих условиях в централизованной регламентации этого вопроса Советом Министров СССР. По-видимому, в целях усиления стимулирования маршрутизации следует существенно повысить и размер поощрения.

Важным источником увеличения погрузочных ресурсов является улучшение использования грузоподъемности и вместимости перевозочных средств. Соответственно установлена обязанность рационального использования подвижного состава – ст. 47 УЖД, ст. 61 УАТ РСФСР, а также ответственность за недогруз (ст. 159[1] УЖД, ст. 144[1] УАТ РСФСР).

---

[10] *Морозова Е. Н.* Маршрутизация – резерв повышения транзитности вагонопотоков // Железнодорожный транспорт. 1989. № 11. С. 11.

[11] *Морозова Е. Н.* Указ. раб. С. 11.

Материально поощряется уплотненная погрузка. За каждую дополнительно погруженную тонну груза в вагоны в результате уплотненной их загрузки (в пределах грузоподъемности) железные дороги ежеквартально перечисляют предприятиям и организациям 30 копеек. Столь низкий размер поощрения едва ли способен стимулировать максимальное использование перевозочных ресурсов вагонов. Вместе с тем необходимо учесть, что уплотненная погрузка может потребовать и дополнительное время на более рациональное размещение груза, а это, в свою очередь, – сверхнормативного простоя подвижного состава. Должен быть установлен порядок согласования повышенных норм времени на уплотненную погрузку. При этом требуется взвешенный подход: определение, что выгоднее для народного хозяйства – некоторое увеличение времени на более уплотненную погрузку и оптимальное использование грузоподъемности перевозочных средств или погрузка в соответствии с техническими нормами без увеличения времени на погрузку с превышением этих норм.

Если целесообразнее максимальное использование грузоподъемности и вместимости, то оно должно поощряться более значительным вознаграждением. Оно может стимулироваться и первоочередным предоставлением дополнительно подвижного состава грузоотправителям, внедрившим способы более рационального размещения груза, в результате чего достигнуто оптимальное использование грузоподъемности или вместимости подвижного состава.

Задача стимулирования тарифами наиболее полного использования грузоподъемности и вместимости транспортных средств частично решена в новых грузовых железнодорожных тарифах. Вместо твердой платы за вагон, теперь плата определяется за фактический вес груза, но не меньше, чем за минимальную весовую норму, определенную для каждой тарифной позиции[12]. Такая конструкция тарифа стимулирует полное использование нормативной грузоподъемности.

Стимулирование тарифами максимального использования грузоподъемности или вместимости возможно снижением тарифа на часть груза, погруженного сверх установленной технической нормы загрузки соответствующего вида подвижного состава. Снижение тарифа может рассматриваться в качестве меры поощрения за рациональное использование перевозочных средств.

Имущественное поощрение по форме может выражаться не только в предоставлении дополнительного материального блага, а в

[12] См.: Гудок. 1989. 30 дек.

сбережении наличного блага у стороны, например, вследствие снижения размера штрафа за допущенное нарушение, за которым последовало действие, направленное на снижение отрицательных последствий нарушения. В этом случае поощрение стимулирует совершение этого действия. Поощрение в рассматриваемой форме может стимулировать совершение действий, нацеленных на принуждение негативных последствий нарушения обязательства.

В этом аспекте следует отметить уменьшение размера штрафа за невыполнение плана перевозок, установленное в случае предупреждения грузоотправителем о неиспользовании вагонов (контейнеров)[13], о невозможности сдачи груза к перевозке воздушным транспортом[14], об отсутствии возможности предъявить груз в установленный для погрузки срок[15]. Размер и условия снижения штрафа, предусмотренные нормативно, неодинаковы на различных видах транспорта. Законодательство о перевозках внутренневодным и автомобильным транспортом (за исключением УАТ Литовской ССР) вовсе не устанавливает снижения размера штрафа.

Своеобразие рассматриваемого поощрения состоит в том, что оно стимулирует не улучшенное и даже не надлежащее исполнение, а лишь своевременное предупреждение перевозчика о неисполнении обязанности по предъявлению груза к перевозке. По форме поощрение отличается тем, что предусматривается предоставление не дополнительного блага, а уменьшение санкции, представляющее собой косвенное имущественное предоставление, а точнее, сбережение имущественного блага.

Приведенные правила о снижении размера штрафа выполняют двоякую стимулирующую функцию: 1) побуждают грузоотправителей представлять реальные, соответствующие действительным потребностям заявки на необходимые перевозочные средства; 2) поощряют совершение действий, которые могут привести к уменьшению отрицательных последствий нарушения обязательства[16]. Правила о снижении

---

[13] Ч. 3 Ст. 145 УЖД.

[14] Правила перевозки пассажиров, багажа и грузов на воздушных линиях Союза ССР, п. 8.7.7.: Утв. МГА от 16 января 1985 г. № 9.

[15] Положение о взаимной имущественной ответственности предприятий морского транспорта ММФ и отправителей за невыполнение плана перевозок в каботаже (п. 12) // СП СССР. 1982. № 16. Ст. 83.

[16] Критические замечания по поводу утверждения, что правило ч. 3 ст. 145 УВД вообще не выполняет полезных функций, см.: *Хаскельберг Б. Л.* Ответственность за нарушения плана и договора железнодорожной перевозки грузов. Томск, 1981. С. 116–118.

размера штрафа не применяются и не должны применяться в случаях предупреждения транспортными организациями грузоотправителей о невозможности предоставления подвижного состава для погрузки. Предупреждение грузоотправителей не может, как правило, предотвратить вызываемых непредоставлением перевозочных средств отрицательных последствий. Снижение размера штрафа не может выполнять и функции стимулирования реального планирования перевозок грузов транспортными организациями.

В новых условиях хозяйствования, наряду с более широким использованием предприятиями, объединениями и организациями права определения в заключаемых договорах ответственности за нарушение обязательств, возрастает роль мер материального поощрения как важного средства стимулирования улучшенного, а также надлежащего исполнения обязательств.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПЕРЕВОЗЧИКА ЗА НЕСОХРАННОСТЬ ГРУЗА ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ*

В 1997 г. принят Воздушный кодекс РФ (ВК)[1], а в 1998 г. – Транспортный устав железных дорог Российской Федерации (ТУЖД)[2]. Предстоит принять кодекс торгового мореплавания, устав внутреннего водного транспорта и устав автомобильного транспорта. Трудно переоценить их значение для формирования современной системы российского законодательства и прежде всего транспортного.

ВК и ТУЖД приняты в качестве федеральных законов РФ, что само по себе очень важно, так как способствует повышению стабильности транспортного законодательства.

Традиционно основной массив норм, регулирующих отношения перевозки пассажиров, груза, багажа, сосредоточен в транспортных уставах и кодексах и принимаемых транспортными ведомствами на их основе и в соответствии с ними правилах перевозок. Эта традиция сохранена и в новом транспортном законодательстве.

Вместе с тем, как и ГК РСФСР 1964 г., Основы гражданского законодательства 1962 г. и 1991 г., современный ГК РФ содержит ряд унифицированных норм, подлежащих применению к отношениям перевозки пассажиров, груза и багажа всеми пятью видами транспорта. Включение в кодифицированные акты гражданского законодательст-

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Ответственность перевозчика за несохранность груза по российскому законодательству // Российский юридический журнал. 1998. № 4. С. 59–70. – *Прим. ред.*

[1] СЗ 1997. № 12. Ст. 1383.

[2] СЗ 1998. № 2. Ст. 218.

ва унифицированных норм, регулирующих перевозку, оправдало себя на практике, ибо этим обеспечивается единство правового регулирования тех отношений перевозки, которые не обладают спецификой, определяемой технико-экономическими особенностями соответствующего вида транспорта, и потому не требуют дифференцированной регламентации. Наличие таких норм значительно облегчает правоприменение юрисдикционными органами при разрешении конфликтных ситуаций.

Унифицированных норм в ГК РФ немного (ст. 784–800), что, однако, не умаляет ни практического, ни принципиального их значения.

Принципиальное значение анализируемых норм состоит в том, что, как уже отмечалось, большинство норм, регулирующих отношения перевозки, содержались в транспортных уставах и кодексах, и новый ГК чуть ли не в каждой статье гл. 40 «Перевозка» содержит отсылки к их нормам. Между тем в принятых ВК и ТУЖД не упоминается ни ГК, ни вообще гражданское законодательство. Исключение составляет ст. 4 ТУЖД, в которой зафиксировано, что перевозка в международном железнодорожном сообщении осуществляется в соответствии с ГК РФ, Уставом, другими законами и иными нормативными правовыми актами.

Невключение в ВК и ТУЖД указания на Гражданский кодекс и гражданское законодательство в качестве источников регулирования перевозочных отношений способно породить трудности в правоприменении при разрешении споров, возникающих в связи с перевозкой, вследствие коллизий норм.

Отметим, что при подготовке проекта Устава железных дорог РФ ко второму чтению в Государственной Думе РФ было сделано замечание по поводу того, что законопроект не содержит норм, определяющих его место в системе гражданского законодательства, и не использует такие понятия, как «гражданское законодательство» и «ГК РФ». Однако оно было необоснованно отклонено[3].

Отсутствие в транспортном законодательстве указаний на Гражданский кодекс и гражданское законодательство нельзя рассматривать как основание для сомнений (и тем более отрицания) в распро-

[3] Аналогичного рода замечание сделал Президент Российской Федерации по проекту Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации (Надо бы в Гражданский кодекс заглянуть // Рос. газ. 1998. 18 марта).

странении действия норм ГК на перевозочные отношения (в частности, норм разд. I, III и, конечно, гл. 40) и как допустимость в процессе правоприменения решения конкретных вопросов в противоречии с нормами ГК РФ. Однако фактически не исключается возможность использования этого обстоятельства в законотворчестве для включения в соответствующие законы правил, не соответствующих нормам ГК императивного характера.

Следует иметь в виду приоритетное значение норм ГК для регулирования гражданско-правовых отношений, закрепленное в правиле ч. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ: нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК.

В этой связи может возникнуть вопрос о характере отношений перевозки пассажиров, груза и багажа, а также отраслевой принадлежности норм транспортного законодательства.

Отношения перевозки пассажиров, груза, багажа и связанные с ними вспомогательные отношения обладают признаками, присущими отношениям, регулируемым нормами гражданского законодательства (ст. 2 ГК).

Что касается отраслевой принадлежности норм транспортного законодательства, то здесь необходимо учитывать их неоднородность. Транспортное законодательство содержит обширный массив правовых норм, регулирующих не только отношения, предусмотренные ст. 2 ГК. В него включено значительное количество норм, относящихся к отраслям публичного права. Однако нормы, регулирующие отношения перевозки и связанные с ними вспомогательные отношения, несомненно, должны быть признаны нормами гражданского права. Попытки аргументировать утверждение, что весь комплекс правовых норм в области транспортного законодательства якобы был выведен Основами гражданского законодательства 1991 г. за рамки общего гражданского законодательства, явились несостоятельными и не получили в период действия этого Закона поддержки в цивилистической науке. Такое утверждение нельзя было подтвердить ни нормами гл. 13 ОГЗ, ни п. 3 ст. 1 Основ. Не содержит такого рода аргументов и новый ГК.

Как отмечалось, в нормах гл. 40 ГК содержится множество отсылок к правилам транспортных уставов и кодексов, в которых должны или могут содержаться соответствующие правила, не предусмотренные ГК или по содержанию отличающиеся от установленных его диспозитивными нормами. И это вполне понятно, если учесть ограни-

ченность правовых норм о перевозке, включенных в ГК (всего 17 статей). Как записано в п. 2 ст. 784 ГК, общие условия перевозки определяются транспортными уставами и кодексами, иными законами и издаваемыми в соответствии с ними правилами. Из ч. 2 п. 2 ст. 784 и п. 1 ст. 793 следует, что ответственность сторон в случаях нарушения обязательств перевозки тоже может определяться транспортными уставами и кодексами, а не только ГК.

В этой связи возникает вопрос о соотношении норм ГК и транспортных уставов и кодексов вообще и об ответственности сторон перевозочного обязательства. Данный вопрос – часть общей проблемы соотношения норм ГК и специальных законов. Решение ее выходит за рамки настоящей статьи. Поставленный же частный вопрос не может быть решен без четкого определения основных исходных положений.

После введения в действие первой и второй частей ГК РФ, где предусматривается принятие ряда законов для регулирования соответствующих общественных отношений, в комментариях к ГК и других трудах проблема соотношения кодекса и других законов, содержащих нормы гражданского права, решается в основном однозначно. Так, М. И. Брагинский считает, что ГК принадлежит особое место в системе гражданского законодательства, обозначенное в п. 2 ст. 3 ГК. Далее автор пишет: «Практическое значение этого положения состоит в том, что при коллизии гражданско-правовых норм, содержащихся в любом нормативном акте (в том числе в законе), со статьями ГК суд, как и любой другой орган, применяющий право, обязан руководствоваться нормами ГК». М. И. Брагинский подчеркивает, что общие принципы действия закона, признающие, что последующий акт заменяет ранее изданный, а специальный акт вытесняет общий, в данном случае применению не подлежат. Отсюда сделанный автором вывод: «Примат ГК носит абсолютный характер»[4].

---

[4] *Брагинский М. И.* Общие положения Гражданского кодекса // Хозяйство и право. 1995. № 1. С. 14–15; он же. Договоры: от общего к частному // Гражданский кодекс. Часть вторая. Договоры и другие обязательства. Текст проекта. Комментарии. Проблемы. С. 255; Гражданское законодательство (ст. 1–7) // Хозяйство и право. 1998. № 1. С. 13–14;

О соотношении норм ГК и норм гражданского права, содержащихся в других законах, см. также: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. С. 37–49; Рахмилович В. А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса // Государство и право. 1996. № 4. С. 120–121; *Калмыков Ю. Х.* О значении общих положений гражданского законодательства // Гражданский кодекс России. Проблемы, теория, практика: Сб. памяти С. А. Хохлова. М., 1998. С. 52.

Существует и иная, прямо противоположная оценка правила п. 2 ст. 3 ГК и решения коллизии правил кодекса и норм гражданского права, содержащихся в других законах: несмотря на действие нормы о приоритете и верховенстве кодекса, необходимо руководствоваться принципом, согласно которому специальные нормы устраняют действие общих норм[5].

Правило п. 2 ст. 784 ГК не исключает обязательности действия правила о приоритетном значении норм ГК по отношению к содержащимся в других законах нормам гражданского права. Отсюда принципиальный вывод, что в транспортные уставы и кодексы нельзя включать гражданско-правовые нормы, не соответствующие императивным нормам гл. 40 ГК РФ о перевозке и другим общим нормам ГК императивного характера.

Если же законодатель считает необходимым отступить в транспортных кодексах и уставах от норм ГК, он должен одновременно скорректировать в установленном порядке соответствующие нормы последнего.

Сравнительный анализ норм ГК, ВК и ТУЖД убеждает в том, что в ряде случаев правило о верховенстве норм ГК в принятых ВК и ТУЖД оказалось нарушенным, в частности, при регламентации ответственности за несохранность груза, принятого к перевозке.

В ГК наряду с нормами об ответственности за отдельные нарушения обязательств перевозки закреплены и общие положения об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по перевозке (ст. 793). Согласно ст. 793 стороны несут в этих случаях ответственность, установленную ГК, транспортными уставами и кодексами, в также соглашением сторон. Правило об определении ответственности при перевозке грузов, пассажиров и багажа соглашением сторон предусматривает и п. 2 ст. 784 ГК. Это правило – сущест-

---

[5] *Козлов В. Б., Фалилеев П. А.* Соотношение общих и специальных правовых норм на примере гражданского и морского права (критика современного законодательства) // Государство и право. 1997. № 11. С. 82–94.

Можно понять авторов, отмечающих в весьма содержательной статье, что отраженный в КТМ принцип – специальные нормы вытесняют общие нормы, – вступает в противоречие с нормой ГК и это может вызвать ощутимые отрицательные последствия. Тем не менее известное правило «Суров закон, но это закон» остается незыблемым. Нельзя не согласиться с В. А. Рахмиловичем, указывающим, что «...если законодатель признает необходимым при регулировании какой-то группы отношений отступить от общих правил ГК, он должен одновременно внести поправку в соответствующую норму кодекса, добавив оговорку: "если иное не предусмотрено законом"» (*Рахмилович В. А.* Указ. соч. С. 121).

венная новелла для транспортного законодательства. Его редакция позволяет сделать вывод, что сторонам предоставляется право определять формы ответственности, ее фактические основания, условия, а также размер.

Свобода определения ответственности соглашением не является абсолютной. Общее ограничение ее состоит в том, что соглашение не должно противоречить императивным нормам ГК, а также других законов, устанавливающих ответственность за нарушение обязательств перевозки.

Кроме того, согласно той же ст. 793 ГК недействительны соглашения об ограничении или устранении установленной законом ответственности перевозчика за исключением ситуаций, когда при перевозке грузов транспортные уставы и кодексы такие соглашения допускают. При перевозке пассажиров, багажа соглашения об ограничении или устранении ответственности перевозчика всегда недействительны.

Поскольку ответственность за нарушения обязательств перевозки может устанавливаться не только ГК, но и транспортными уставами и кодексами, необходимо выяснить, в каких пределах допустима регламентация транспортными уставами и кодексами ответственности за подобные нарушения. При этом следует иметь в виду не только нормы гл. 40 ГК, но и общие положения его гл. 25 об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств.

Правомерно, целесообразно и желательно включение в транспортные уставы и кодексы норм об ответственности, которых нет в ГК (например, об ответственности перевозчика за просрочку доставки груза, багажа). Включаемые в транспортные уставы и кодексы правила не должны противоречить императивным нормам гл. 25 и 40 ГК.

Как и прежнее законодательство, ГК РФ закрепляет ответственность перевозчика за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза или багажа после его принятия к перевозке и до выдачи управомоченному лицу. Согласно ст. 796 ГК ответственность установлена на началах вины, которая презюмируется. Иначе говоря, перевозчик предполагается виновным, если не докажет, что несохранность груза или багажа произошла вследствие обстоятельств, которые он не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело. В данной пространной формулировке установлен принцип вины как одно из условий ответственности. В этой части ст. 796 ГК сохранила правило ст. 382 ГК РСФСР. Но в отличие от нее ст. 796 не содержит нормы,

согласно которой в транспортных уставах и кодексах могут быть предусмотрены случаи, когда доказывание вины перевозчика в утрате, недостаче или повреждении груза возлагается на получателя или отправителя[6]. Эта статья вообще не содержит отсылок ни к транспортным уставам и кодексам, ни к иным законам. Следовательно, норма ст. 796 ГК, определяющая условия ответственности перевозчика за несохранность груза и распределение бремени доказывания, представляет собой правило прямого действия, не требующее развития – уточнения, детализации в других законах и иных правовых актах, исключающее иные решения, в том числе установление противоположной презумпции.

После введения в действие с 1 марта 1996 г. второй части Гражданского кодекса РФ соответствующие нормы транспортных уставов и кодексов, в которых предусмотрены исключения из общего правила о презумпции вины перевозчика при необеспечении сохранности принятого к перевозке груза, утратили силу как не соответствующие ст. 796 ГК РФ. Это положение стало общепризнанным в комментариях ч. 2 Гражданского кодекса[7].

Норма ст. 796 ГК об ответственности перевозчика за несохранность груза на началах вины и о возложении обязанности доказывания ее отсутствия на перевозчика является императивной. Следовательно, никакие отступления от нее в других законах без внесения соответствующих изменений в ГК недопустимы.

Возникает вопрос о возможности, точнее, правомерности изменения условий ответственности перевозчика за утрату, недостачу, повреждение принятого к перевозке груза с учетом правил ст. 401 ГК,

---

[6] Как известно, в транспортных уставах и кодексах правило п. 2 ст. 382 ГК РСФСР широко использовалось (ст. 149 УЖД, ст. 192 УВВТ, ст. 133 УАТ, ст. 162 КТМ). В этих статьях предусмотрены перечни обстоятельств (презумптивных фактов), с которыми связывается освобождение перевозчика от ответственности за несохранность груза, если заявитель претензии и иска не докажет, что груз утрачен, поврежден (испорчен) по вине перевозчика. При наличии хотя бы одного из презумптивных фактов, названных в этих перечнях, перевозчику для освобождения от ответственности достаточно было сослаться на него. Ответственность могла быть возложена на перевозчика, если заявитель претензии докажет вину перевозчика в несохранности груза.

[7] *Витрянский В. В.* Перевозка. Транспортная экспедиция // Хозяйство и право. 1996. № 6. С. 13–14; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1996. С. 367; Гражданское право: Учеб. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1997. Ч. 2. С. 399; Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 409–410.

устанавливающих общие условия ответственности за нарушение обязательств.

Не вдаваясь здесь в подробный анализ ст. 401 ГК, лишь отметим, что нормы, определяющие ответственность на началах вины и повышенную ответственность вплоть до непреодолимой силы в случаях нарушения обязательств при осуществлении предпринимательской деятельности, являются диспозитивными. А это значит, что условия ответственности по отдельным видам обязательств могут быть определены в рамках норм названной статьи ГК в самом кодексе и в специальных законах. В соответствии с диспозитивностью норм п. 3 ст. 401 ГК ст. 796 закрепила ответственность перевозчика за несохранность груза, принятого к перевозке, осуществляемой в качестве предпринимательской деятельности, по принципу вины, предусмотрев таким образом исключение из правила о повышенной ответственности.

Особо подчеркнем, что ст. 401 ГК возлагает обязанность доказывания как отсутствия вины, так и наличия обстоятельств непреодолимой силы на лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство. Это правило о субъекте, на которого законом возлагается обязанность доказывания, является императивным. Исключения из него могут быть приняты только путем внесения в установленном порядке изменений в ГК.

Анализ соответствующих норм ТУЖД и ВК позволяет сделать вывод, что при определении ответственности за несохранность груза в данных законах допущены отступления от норм ГК. В этом нетрудно убедиться, обратившись к тексту ст. 108 и 109 ТУЖД и ст. 116, 118 ВК.

Статья 108 ТУЖД воспроизводит правило ст. 796 ГК, дополняя его примерным перечнем обстоятельств, которые, будучи доказаны перевозчиком, подтверждают отсутствие его вины в несохранности груза. В ст. 108 вводится ответственность перевозчика за вину, которая презюмируется.

В ст. 109 ТУЖД воспроизведена норма ст. 149 УЖД СССР с незначительными редакционными изменениями. Согласно ст. 109 ТУЖД, железная дорога освобождается от имущественной ответственности за несохранность груза в предусмотренных ею случаях, перечень которых расширен по сравнению с одноименным перечнем ст. 149 УЖД СССР. В перечисленных случаях железная дорога несет ответственность за утрату, недостачу, повреждение (порчу) груза, если

предъявитель претензии докажет, что несохранность груза произошла по вине железной дороги.

При обсуждении проекта ТУЖД предлагалось исключить ст. 109 как противоречащую ГК, однако Комитет Госдумы РФ по промышленности, строительству, транспорту и энергетике предложение отклонил. Небезынтересно привести мотивы такого решения. Комитет признал, что противоречия нет, поскольку ст. 796 ГК соответствует ст. 108 проекта, а положения ст. 109 законопроекта изложены исходя из норм, предусмотренных статьей 401 ГК России, и устанавливают нормы, не предусмотренные в ГК России, и ст. 109 в предложенной проектом редакции принята законодателем.

Обоснование сохранения ст. 109 ссылкой на ее соответствие ст. 401 ГК не выдерживает никакой критики.

Чтобы убедиться в этом, еще раз обратимся к содержанию ст. 401 ГК. В ней предусматривается ответственность за нарушение обязательств на началах вины, а также независимо от вины в случае нарушения обязательств в сфере предпринимательства. Оба эти правила являются диспозитивными. Установив ответственность перевозчика при наличии его вины, ст. 109 ТУЖД не противоречит нормам ст. 401 ГК в части определения условий ответственности. Однако в нарушение императивного правила, по которому согласно ст. 401 ГК обязанность доказывания отсутствия вины возлагается на нарушителя обязательства, ст. 109 ТУЖД возлагает бремя доказывания наличия вины перевозчика на предъявителя претензии, и лишь при условии доказанности вины перевозчик может быть привлечен к имущественной ответственности за утрату, недостачу, повреждение (порчу) груза. Между тем ст. 401 ГК не только не содержит правила, возлагающего эта бремя на предъявителя требования, но и не предусматривает, что такое может быть установлено законом или договором.

В период действия УЖД СССР и других транспортных уставов и кодексов легальные исключения из общего правила, закрепляющего презумпцию вины нарушителя обязательства, подвергались критике как необоснованные и по существу создающие легальную основу для освобождения перевозчика в ряде случаев от ответственности за несохранность груза. Тем не менее в новом ТУЖД это необоснованное исключение сохранено.

Очевидно, что норма ст. 109 ТУЖД противоречит ГК и согласно п. 2 ст. 3 ГК применению не подлежит, т. е. ст. 109 должна быть исключена из ТУЖД.

В ВК ответственность за несохранность груза определяется ст. 116 и 118.

Статья 116 «Общие принципы ответственности», к сожалению, этих принципов не называет, если не считать указания, что перевозчик несет ответственность «в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации, а также договором воздушной перевозки пассажира, договором воздушной перевозки груза или договором воздушной перевозки почты».

По-видимому, точнее было бы сказать не «в порядке», а «на условиях, установленных названными законодательством и договорами». Эти положения надо толковать в том смысле, что ответственность воздушного перевозчика определяется и в соответствии с нормами главы 40 ГК.

Вместе с тем, провозгласив это общее положение, которое в принципе не вызывает возражений, ВК в нормах, конкретизирующих ответственность за отдельные нарушения, отступает от него (в частности, в нормах об ответственности за несохранность груза).

Неоднозначно в ВК определено субъективное условие ответственности перевозчика за несохранность груза. В п. 1 ст. 118 сформулировано правило, согласно которому перевозчик несет ответственность при наличии вины, которая презюмируется (если он не докажет, «что им были приняты все необходимые меры по предотвращению причинения вреда или такие меры невозможно было принять»). Приведенное правило по содержанию полностью отвечает норме ст. 796 ГК, но в п. 3 этой статьи включено правило, сравнительный анализ которого с правилом ее же п. 1 приводит к мысли о несогласованности данных норм и наличии в них противоречия.

Выяснение содержания нормы п. 3 ст. 118 и принципа, на котором построена ответственность воздушного перевозчика по этой норме, несколько, на первый взгляд, затруднено вследствие использования обычно не встречающейся формулировки начала ответственности. Согласно п. 3 перевозчик несет ответственность, если не докажет, что несохранность груза не была результатом совершенных им умышленно действий (бездействия) или произошла не во время воздушной перевозки.

Формулировка «если не докажет...» относится к двум обстоятельствам: 1) несохранность груза не явилась результатом умышленно совершенных перевозчиком действий (бездействия); 2) утрата, недостача или повреждение (порча) груза или багажа «произошли не во время воздушной перевозки».

Как видим, перевозчик несет ответственность, если не докажет, что несохранность не явилась следствием его умысла. Следовательно, 1) если перевозчик докажет, что несохранность груза не является следствием его умышленных действий (бездействия), он должен быть освобожден от ответственности; 2) воздушный перевозчик несет ответственность на началах вины только в форме умысла. При этом обязанность доказывать отсутствие умысла возлагается на перевозчика, т. е. наличие умысла в утрате, недостаче, повреждении (порче) груза презюмируется. Таким образом, п. 3 ст. 118 ВК исключает ответственность воздушного перевозчика, если несохранность груза – следствие его неосторожных действий, в том числе результат грубой неосторожности. Естественно, это означает снижение ответственности по сравнению с общим условием гражданской ответственности за вину независимо от ее формы, закрепленным и в ст. 796 ГК.

Рассмотрим и другое обстоятельство, с которым связывается ответственность воздушного перевозчика за утрату, недостачу, повреждение (порчу) груза, если перевозчик не докажет, что они произошли не во время воздушной перевозки. При доказанности, что несохранность груза возникла не во время воздушной перевозки, перевозчик от ответственности освобождается. Если приведенное суждение правильно, то независимо от наличия вины перевозчика в необеспечении сохранности принятого груза при условии, что она возникла не во время воздушной перевозки, он от ответственности освобождается.

Приведенные положения п. 3 ст. 118 ВК и их общий анализ предопределяют вывод о наличии противоречия между нормами п. 1 и п. 3 ст. 118 ВК и п. 3 этой статьи и ст. 796 ГК.

Между пп. 1 и 3 ст. 118 ВК имеется двоякое противоречие: во-первых, в п. 1 предусматривается ответственность перевозчика за вину независимо от ее формы, а в п. 3 – только за умысел; во-вторых, в п. 1 ответственность установлена за несохранность груза после принятия к перевозке и до выдачи грузополучателю или до передачи согласно установленным правилам другому лицу, а по п. 3 – если несохранность возникла во время воздушной перевозки.

Аналогичны противоречия между нормой п. 3 ст. 118 ВК и ст. 796 ГК.

Противоречия между нормами ГК и нормами ВК и ТУЖД об ответственности за несохранность груза, принятого к перевозке, должны быть устранены путем исключения из ВК и ТУЖД норм, противоречащих ст. 796 ГК РФ, либо внесения изменения в ст. 796 ГК. Только легальное устранение коллизии между указанными нормами может обеспечить законность при разрешении ситуаций несохранности груза и единство судебно-арбитражной практики по соответствующей категории споров.

ДОГОВОР О ДОЛЕВОМ УЧАСТИИ В СТРОИТЕЛЬСТВЕ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СУДЕБНО-АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ*

1. Как известно, бюджетное финансирование жилищного строительства в переходный к рыночной экономике период резко сократилось, а основным направлением решения проблемы удовлетворения жилищных потребностей граждан признано приобретение жилья в частную собственность[1]. Предоставление жилых помещений в жилищном фонде социального использования нуждающимся в улучшении жилищных условий в порядке очередности – явление, встречающееся, мягко говоря, нечасто, а точнее – достаточно редко. Практически потребность нуждающихся в жилье удовлетворяется за счет собственных сбережений самих граждан, субсидий на строительство или приобретение жилья, а также кредита.

Одной из форм приобретения жилья в собственность, наряду с куплей-продажей на вторичном рынке жилья и индивидуальным строительством, является участие граждан, а также юридических лиц *на долевых началах в строительстве* жилых домов (долевом строительстве), получившее в настоящее время весьма широкое распро-

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* Договор о долевом участии в строительстве: вопросы судебно-арбитражной практики // Гражданское законодательство Республики Казахстан / Под ред. А. Г. Диденко. Вып. 14. Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 154–176. – *Прим. ред.*

[1] См.: Постановление Правительства Российской Федерации (далее – РФ) от 20.06.93 «О государственной целевой программе "Жилище"» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 28. Ст. 2593; Указ Президента РФ от 29.03.96 «О новом этапе реализации Государственной целевой программы "Жилище"» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 14. Ст. 143 и др. правовые акты.

странение[2]. Юридической формой, опосредствующей такое участие, является соглашение, обычно называемое сторонами договором о долевом участии в строительстве. Практике известны и другие правовые формы долевого строительства не только жилья, но и других объектов недвижимости (например, гаражей), в частности, договор о совместной деятельности (договор простого товарищества).

Поскольку действующее гражданское законодательство России не знает легальной конструкции договора о долевом участии в строительстве, отсутствуют специальные нормы, регулирующие отношения, возникающие из таких договоров. В связи с этим проблема регулирования отношений долевого участия в строительстве объектов недвижимости стала весьма актуальной[3]. Это подтверждается множеством возникающих споров и соответственно богатой судебной практикой, испытывающей немалые трудности при их разрешении и не отличающейся стабильностью. Естественно, что она привлекла внимание ученых и практикующих юристов, весьма интенсивно обсуждается в юри-

[2] Долевое участие в строительстве жилья, а также объектов культурно-бытового назначения и коммунального хозяйства использовалось в течение многих лет в СССР (см. Постановление Совета Министров СССР от 01.03.78 № 173 «О мерах по расширению в городах практики комплексного поточного строительства жилых домов, объектов культурно-бытового назначения и коммунального хозяйства» // СП СССР. 1978. № 6. Ст. 36; ст. 24 Жилищного кодекса РСФСР). Однако современная практика долевого участия в строительстве принципиально отличается от прежней как по источнику финансирования, так и по правовому механизму регулирования указанных отношений. Основным источником финансирования являлись целевые бюджетные средства, которые выделялись предприятиям, учреждениям, организациям. Правовая форма взаимоотношений участников определялась нормативно. В городах создавались службы единого заказчика по строительству подрядным способом жилых домов, объектов культурно-бытового назначения и коммунального хозяйства. Функции единого заказчика возлагались на исполкомы Советов народных депутатов или на предприятия (организации) министерств и ведомств, осуществлявшие основные объемы строительства в данном городе. Предприятия, организации независимо от ведомственной принадлежности передавали единому заказчику в порядке долевого участия капитальные вложения на жилищное строительство и строительство других объектов жилищно-коммунальной, культурно-бытовой инфраструктуры. На единого заказчика возлагалась обязанность выделять предприятиям (организациям) жилую площадь для заселения в размерах пропорционально переданным капитальным вложениям.

Как видно из изложенного, действовал административно-правовой механизм регулирования отношений долевого участия в строительстве, направленность которого заключалась, можно предположить, в активизации деятельности предприятий (организаций), которым централизованно выделялись средства на строительство, и непосредственно заинтересованных в получении жилья для своих рабочих и служащих в соответствии с долевым участием в финансировании.

[3] Острота проблемы обусловлена и тем, в частности, что в этой сфере нередко действуют недобросовестные контрагенты дольщиков (долевиков): последние, выполнив свои обязательства, не получают обусловленные договорами жилые помещения, оказываются обманутыми и нередко беззащитными.

дической литературе[4], что, однако, не способно само по себе изменить положение дел в связи с отсутствием специальных норм о долевом участии в строительстве, тем более, что до настоящего времени в доктрине не достигнуто единства мнений и рекомендаций[5]. Остаются нерешенными и трудно решаемыми спорные вопросы, круг которых достаточно широк: о правовой природе соглашений о долевом участии в строительстве и возникающих у дольщика (долевика) требований в процессе строительства объекта и после его завершения, принятия его и ввода в эксплуатацию, как целесообразнее в интересах дольщика (как правило, более слабой стороны в договоре) определить предмет договора, о юридической природе притязаний дольщика в случае неисполнений другой стороной обязательства по передаче помещения в собственность и др. Не определив юридическую природу соглашения о долевом участии в строительстве, не решив другие вопросы, касающиеся отношений сторон, возникших в конкретном случае, едва ли возможно принятие законного и обоснованного решения. Между тем, как правило, в решениях и постановлениях судов нет указаний о юридической квалификации (правовой природе) конкретных соглашений о долевом участии в строительстве. Встречающиеся часто в судебных актах указания, что между сторонами заключен договор о долевом участии в строительстве, нельзя признать определением его правовой природы, так как такой институт гражданскому законодательству неизвестен. На это, кстати, обращает внимание Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ. В одном из постановлений, в частности, указано: «кроме того, судом оставлен без исследования вопрос о правовой природе договора ... хотя и названного договором на долевое строительство... Исследование этого обстоятельства необходимо для определения в случае необходимости последствий неисполнения договорных обязательств»[6]. В другом постановлении Президиум ВАС РФ отметил: «Между тем данный договор не стал предметом исследования арбитражного суда, что не позволило ответить на ряд вопросов», в том числе, какова правовая природа заключенного договора[7].

---

[4] Обзор литературы см.: *Муравьев Р. В.* Договор с участием инвесторов в строительстве? // Законодательство. 1999. № 6. С. 6–18. См. также: *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. М., 1999. С. 483–493; *Романец Ю.* Как квалифицировать договоры долевого участия в строительстве // Хозяйство и право. 2000. № 3. С. 74–78 и др.

[5] См., в частности, обстоятельный комментарий судебной практики *Ярошенко К. Б.* в кн.: Комментарий судебной практики. Вып. 6. М.: Изд-во «Юрид. лит.», 2000. С. 35–38.

[6] См.: Постановление № 4013/97 от 24.03.98 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 6. С. 42.

[7] Постановление № 7203/97 от 13.10.98. Вестник ВАС РФ. 1999. № 1. С. 38–39.

В связи с отсутствием в действующем законодательстве норм, прямо регулирующих отношения по долевому участию в строительстве, принципиальное значение приобретает подход к решению возникшей проблемы. Едва ли можно признать удачным и плодотворным стремление определить правовую природу соглашения о долевом участии по какой-то одной-единственной договорной модели, обозначенной в действующем законодательстве, без учета различий в субъектном составе и содержании конкретных соглашений[8].

Так, Т. В. Муравьев, подвергая критическому анализу известные суждения о квалификации договоров долевого участия в строительстве (в финансировании строительства), считает абсолютно невозможным согласиться с одними из них, а другие – требующими серьезных уточнений[9]. Отдельные его критические замечания справедливы и с ними можно согласиться. Возражения, однако, вызывают его позитивные выводы.

Договоры о долевом участии в строительстве (финансировании строительства) Т. В. Муравьев признает инвестиционными договорами, которые не относятся ни к одному из поименованных в ГК РФ. Это договоры *sui generis*, договоры особого рода. При решении возникающих споров между инвесторами и инвестиционными компаниями к их отношениям подлежат применению общие положения о гражданско-правовых договорах (об исполнении обязательств в соответствии с договором, о недопустимости одностороннего изменения условий или отказа от исполнения договора и другие положения гл. 22 ГК РФ), а в случаях недостижения применением указанных положений желаемого результата может быть применена аналогия права[10].

Трудно согласиться с признанием любого договора долевого участия инвестиционным, заключаемым инвестором, с одной стороны,

---

[8] Подобное мнение высказано и К. Скловским, полагающим, что «стремление непременно отождествить договор долевого участия с одним из указанных в ГК (купли-продажи, подряда, простого товарищества и др.)» часто приводит к неудачам, а потому, указывает автор, «видимо, следует исходить из того, что "договор долевого участия" – комплексный, соединяющий черты различных договоров» (*Скловский К.* Долевое участие в строительстве // Закон. 1999. № 4. С. 111). Тезис о комплексном характере договора долевого участия в строительстве не получил, к сожалению, развития, и не аргументирован. Более того, автор в указанной статье рассматривает возможность квалификации этого договора как договора купли-продажи или договора простого товарищества, что в известной степени не согласуется с его тезисом о комплексном характере договора долевого участия в строительстве.

[9] *Муравьев Т. В.* Договор с участием инвесторов в строительстве // Законодательство. 1999. № 6. С. 10.

[10] См. там же. С. 17-18.

и инвестиционной компанией – с другой. В этом случае не учитываются иные известные практике заключения рассматриваемых договоров схемы (структуры) договорных связей, а именно: застройщик (заказчик) – дольщики; организация, осуществляющая строительство, – дольщики; строящая организация или застройщик (заказчик) – «оптовый» дольщик – отдельные дольщики, в качестве которых могут выступать физические или (и) юридические лица. Таким образом, договоры о долевом участии по своему субъектному составу вовсе не являются однотипными.

В качестве примера структуры договорных связей с участием «оптового» дольщика и отдельных дольщиков можно привести следующее дело.

По договору с государственным предприятием «Ленгидроэнергоспецстрой» на долевое участие в строительстве жилого дома акционерное общество обязалось финансировать строительство 3 800 кв. м жилой площади, в том числе за счет других инвесторов. Акционерное общество, получив право распоряжения своей долей, привлекло к участию в строительстве военнослужащих, передавших ему денежные средства, полученные целевым назначением из федерального бюджета. «После заключения соответствующих договоров граждане, – указал Президиум ВАС РФ, – стали участниками совместной деятельности по строительству жилого дома...»[11]. Этот вывод в постановлении никак не аргументируется и вызывает серьезные сомнения: из изложенных в постановлении Президиума обстоятельств не следует, что все военнослужащие, передавшие АО денежные средства, заключили с ним *один договор о совместной деятельности*. Напротив, из указания, что «после заключения *соответствующих договоров* граждане стали участниками...» следует, что каждый военнослужащий заключил с АО отдельный договор. Между тем договор о совместной деятельности прежде всего предполагает достижение общего согласия между всеми его участниками о ведении совместной деятельности для достижения определенной общей цели (ст. 1041 ГК РФ). Обстоятельства дела бесспорно свидетельствуют об отсутствии характерных для данной договорной модели признаков (см. ст. ст. 1043, 1044 ГК РФ и др.). Могут быть приведены и другие примеры квалификации договоров о долевом участии, противоречащей признакам соответствующих договорных моделей, закрепленных в ГК РФ.

[11] Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 42–43.

Так, по одному делу стороны заключили договор подряда об окончании ранее начатого строительства жилого дома, по которому одна сторона (подрядчик) приняла на себя обязательство завершить строительство, а другая (заказчик) – передать первой 40 квартир в собственность в 30-дневный срок после утверждения акта о вводе первой очереди дома в эксплуатацию с оформлением документов в БТИ. Кассационная инстанция квалифицировала этот договор как договор о совместной деятельности[12]. На мой взгляд, указанный договор скорее всего следовало квалифицировать как подрядный, каким стороны его и назвали (хотя название договора само по себе не определяет его правовой природы), а обязанность передачи в собственность подрядчика 40 квартир – в качестве подрядной цены.

В судебной практике встречается и квалификация договора о долевом участии в качестве смешанного договора. Так, кассационная инстанция по одному делу, в частности, указала на правильность оценки апелляционной инстанцией договора о долевом участии в строительстве как смешанного договора «...особого типа обязательственного права, что соответствует ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации»[13].

Квалификация договора долевого участия в качестве смешанного сама по себе возражений не вызывает[14]. Свобода договора означает и возможность заключения смешанного договора (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Однако *квалификация конкретного договора как смешанного предполагает обязательное указание на элементы определенных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами*. Именно наличие таких указаний позволяет определить, какие правовые нормы подлежат применению к отношениям сторон по данному договору, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Само по себе признание договора

[12] Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 20.01.99. Д. № Ф 04/140-594/А 70-98.

[13] Постановление того же суда от 02.08.99. Д. № 04/1555-511/А-45-99. Следует признать неудачной формулировку об особом типе обязательственного права как совершенно бессодержательную.

[14] В литературе отсутствует единство мнений по этому вопросу. Так, Т. В. Муравьев, обсуждая договор о долевом участии с позиций инвестиционного договора, указывает, что его «...нельзя рассматривать в качестве смешанного договора и регламентировать отношения сторон по нему с помощью правил о соответствующих видах договоров», так как инвестиционный договор не содержит даже элементов договоров, предусмотренных ГК (см.: *Муравьев Т. В.* Указ. соч. С. 17). Напротив, К. Скловский полагает, что договор долевого строительства – комплексный, соединяющий черты различных договоров, однако, к сожалению, в его суждениях отсутствуют указания, каких именно договоров (см.: *Скловский К.* Указ. соч. С. 111).

смешанным без установления содержащихся в нем элементов поименованных договоров практически нельзя признать точной юридической характеристикой конкретного договора, а потому невозможно определить, какие правовые нормы должны применяться к отношениям сторон договора, признанного смешанным. Квалификация договора как смешанного без уточнения включенных в него элементов соответствующих договорных моделей столь же неэффективна для разрешения конкретного спора, как и признание соглашения договором о долевом участии в строительстве.

Итак, ни попытки определить договор о долевом участии в строительстве по одной-единственной модели какого-либо поименованного договора (купли-продажи, простого товарищества и др.), ни абстрактная квалификация договора как смешанного не способны решить существующую проблему в связи с заключением договоров долевого строительства. Дело в том, что эти договоры не являются единообразными как по субъектному составу, так и по содержанию, формируемому самими сторонами. Как уже отмечалось, договоры долевого строительства заключаются не только организациями-застройщиками (заказчиками) с дольщиками, но и строящими организациями с дольщиками, а также организациями, которые сами выступают в роли дольщиков по договорам с застройщиками (заказчиками) и с отдельными физическими и (или) юридическими лицами в качестве дольщиков.

Как представляется, более продуктивным является иной подход к решению проблемы. Как известно, круг договоров, которые вообще могут заключать участники гражданского оборота, не исчерпывается поименованными в законодательстве договорами. Нередко заключаются и иные договоры, не охватываемые предусмотренными законодательством моделями. М. И. Брагинский справедливо отмечает, что «набор поименованных договоров любой страны – это особенно относится к современной России, переживающей коренную перестройку своей экономики – всегда отстает от потребностей оборота»[15]. Противоречие между закрепленным в законодательстве набором поименованных договорных моделей и потребностями гражданского оборота, получающими выражение в практике конструирования самими сторонами договорных правоотношений, не предусмотренных законода-

[15] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. Статут. М., 1997. С. 324.

тельством, преодолевается путем установления законодателем правовых норм, определяющих, какие существующие правоположения могут применяться для их защиты.

Такими правовыми нормами в действующем законодательстве и являются правила п. 1 ст. 8, п. 2 ст. 421 ГК РФ, в которых закреплен принцип свободы договора, и ст. 6 ГК РФ, предусматривающая применение гражданского законодательства по аналогии – аналогия закона (п. 1) и аналогия права (п. 2). Согласно п. 2 ст. 421 ГК РФ участники гражданского оборота могут заключать договоры не только предусмотренные, но и не предусмотренные законом или иными правовыми актами. Это означает, что и непоименованные договоры признаются законом и подлежат правовой защите, однако при условии, разумеется, что они не противоречат императивным правовым нормам. Договор о долевом участии в строительстве – один из непоименованных в законодательстве договоров. Какие же правовые нормы должны к нему применяться?[16]

К договорам, «не укладывающимся в рамки определенного не только вида, но и типа, – пишет М. И. Брагинский, – необходимо применять, на наш взгляд, прежде всего нормы сходного типа договоров, а при его отсутствии – нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры, т. е. статьи, помещенные в разделе III ГК "Общая часть обязательственного права". Если аналогия закона и общие нормы обязательственного (договорного) права не приводят к желаемым результатам, остается последняя возможность – воспользоваться аналогией права...»[17]. Итак, предлагаемая М. И. Брагинским последовательность применения норм выглядит так: нормы сходного договорного типа (аналогия закона) – общие нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры – аналогия права. Соглашаясь с предлагаемой М. И. Брагинским последовательностью применения правовых норм к непоименованным договорам[18] и считая возможным распространить ее также на отношения долевого участия в строительстве, необходимо

[16] По вопросу о том, какие нормы и в какой последовательности должны применяться к непоименованным договорам, нет единства мнений (см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. работа. С. 327–330).

[17] Там же. С. 328–329.

[18] Неясным остается формулировка автора, относящаяся к применению аналогии права: «если... не приводят к желаемым результатам...»: что считать желаемыми результатами, и для какой из сторон? Можно предположить, что применение аналогии права возможно (обоснованно), если исходя из содержания договора невозможно найти сходный поименованный договор и применить аналогию закона, а также нельзя решить конфликт в зависимости от его содержания, руководствуясь общими нормами обязательственного (договорного) права.

вместе с тем заметить, что это предложение требует следующего уточнения: аналогия закона может применяться и тогда, когда в конкретном договоре содержатся элементы двух или более сходных поименованных договоров.

Представляется, что когда Президиум ВАС РФ указывает, что суд не исследовал правовую природу договора, что договор не стал предметом исследования суда, а это не позволило ответить на вопрос, какова его правовая природа, он имеет в виду, что не выяснено наличие сходства рассматриваемого договора с каким-либо поименованным договором или элементов сходных договоров. В связи с этим решающее значение приобретает содержание конкретного договора, формулировка его условий, полнота и четкость. От этого в значительной степени зависит надлежащее и реальное исполнение договорного обязательства. Правильно и с необходимой полнотой сформулированные условия договора, адекватно отражающие согласованную волю контрагентов, – непременная предпосылка защиты нарушенных впоследствии прав сторон, и прежде всего дольщика, имея в виду, что практически чаще всего нарушению подвергаются именно его субъективные права. Определение, нормы какого института подлежат применению по аналогии в конкретном случае, возможно, если уяснены условия договора, его содержание.

В качестве иллюстрации можно привести следующее дело.

Предприятие-заказчик и КЭУ ДВО – дольщик заключили договор о долевом участии в жилищном строительстве, по которому заказчик обязался предоставить дольщику 10 квартир общей площадью 919 кв. м, в том числе 3 двух-, 5 трех- и 2 четырехкомнатных. Предприятие передало заказчику 10 квартир общей площадью 685 кв. м, в связи с чем им предъявлен иск о выделении 234 кв. м жилья, не переданных по договору. Суд первой инстанции удовлетворил требования истца. Апелляционная инстанция отменила это решение и в иске отказала, признав, что ответчик исполнил обязательство по договору в полном объеме, передав 10 квартир. Президиум ВАС РФ отклонил протест, указав, что сторонами достигнуто соглашение о передаче 5 квартир в одном определенном доме и 5 квартир в другом конкретном доме. В домах данной серии не предусмотрены квартиры, общая площадь которых (имеется в виду, конечно, 10 квартир) составила бы 919 кв. м, как указано в договоре[19].

[19] Постановление № 1063/97 от 17.06.97 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 36–37.

Президиум признал неправомерной ссылку в протесте на то, что по условиям договора ответчик должен передать истцу еще 234 кв. м жилья либо возместить стоимость указанной площади по ценам на момент предъявления иска.

Не обсуждая аргументацию постановления, которая, как и само решение об отклонении протеста, представляется достаточно спорной, следует заметить, что неблагоприятный для истца исход спора – следствие неточно сформулированного условия о предмете договора, что позволило истолковать его в пользу ответчика.

2. Одним из очень важных, если не наиболее важным с точки зрения обеспечения *исполнения обязательства в натуре*, в котором прежде всего заинтересован дольщик, является вопрос о том, как сформулировать предмет обязательства долевого участия – как родовой или как индивидуальный: указать в договоре, что застройщик (заказчик) обязуется передать столько-то квадратных метров общей и столько-то кв. м жилой площади в конкретном доме (нежилой площади в определенном здании) или же зафиксировать признаки подлежащего передаче объекта в построенном доме, позволяющие его выделить из однородных объектов в данном доме. Прежде чем ответить на поставленный вопрос, необходимо обсудить другой более общий вопрос: возможно ли индивидуализировать предмет обязательства долевого участия в строительстве, имея в виду, что в момент заключения договора объект (например, квартира), подлежащий передаче дольщику, физически не существует, еще подлежит созданию? Нельзя обойти и другой важный вопрос: будет ли соответствовать требованиям ст. 554 ГК РФ определение предмета обязательства в качестве индивидуализированного, при условии, что объект физически на момент возникновения обязательства не существует, подлежит созданию во исполнение обязательства?

Учитывая, что строительству жилого дома, другой недвижимости всегда предшествует разработка проектной документации, и что на ее основании можно определить объект, подлежащий передаче, следует ответить на первый вопрос положительно. В договоре необходимо максимально детально описать подлежащий созданию объект недвижимости в целом и той части, которую предстоит передать дольщику, в соответствии с проектной документацией, указав, в том числе, номер квартиры, этаж, размер общей и жилой площади, число комнат и другие параметры, характеризующие объект. Конкретизация объекта может быть обеспечена приложением к договору копии

плана квартиры, копии выписки из проекта дома, описания земельного участка.

Для ответа на второй вопрос обратимся к ст. 554 ГК РФ. Во-первых, в ней говорится о предмете договора *купли-продажи* недвижимости. Однако, поскольку в принципе нельзя исключить применение по аналогии норм о договоре купли-продажи к отношениям из договора долевого участия в строительстве, указанное обстоятельство не имеет решающего значения при ответе на поставленный вопрос. Далее, ст. 554 ГК РФ требует указания в договоре данных, позволяющих определенно установить недвижимое имущество, в том числе данных, определяющих расположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества.

Надлежаще составленный договор о долевом участии *с упомянутыми выше приложениями* к нему позволяет вполне определенно установить предмет обязательства в его индивидуализированном качестве. Нельзя вместе с тем упускать из виду и следующее: в большинстве случаев конфликты, связанные с неисполнением (ненадлежащим исполнением, чаще всего исполнением не в полном объеме) обязательства контрагентом дольщика, возникают, и заинтересованная сторона обращается в юрисдикционные органы с требованием об их разрешении, когда подлежащий передаче дольщику объект (скажем, квартира) уже физически существует в завершенном или не вполне завершенном строительством виде. До этого проблемы объекта как индивидуально-определенного, как правило, не возникает.

Следует заметить, что судебно-арбитражная практика не испытывает затруднений и у судов не возникает проблем, связанных с признанием обязательства долевого строительства индивидуально-определенным[20]. Другое дело – точное применение норм об исполне-

[20] По одному из дел, по которому истец требовал исполнения в натуре обязательства долевого участия в строительстве дома и передачи четырех конкретных квартир (указаны их номера) в конкретном доме, а также дополнительно квартиры общей площадью 228,1 кв. м, кассационная инстанция, в частности, указала: апелляционная инстанция правильно отклонила заявленное истцом требование о передаче дополнительной площади в связи с отсутствием индивидуальных признаков истребуемого имущества, одновременно признав правильным постановление в части удовлетворения требования о передаче истцу конкретных, обозначенных в договоре квартир в доме по указанному там же адресу (Постановление Федерального Арбитражного Суда Западно-Сибирского округа от 02.08.99. Д. № Ф 04/1555-511/А-45-99).

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ по рассмотренному делу пришел к следующему выводу: «по материалам дела усматривается, что предметом спора является не конкретная квартира, а обязательство передать двухкомнатную квартиру в указанном истцом доме. Следова-

нии, точнее о последствиях неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь. Этот вопрос рассматривается ниже.

Заключительной стадией динамики всякого обязательственного правоотношения, в том числе обязательства долевого участия в строительстве, является исполнение обязательства в соответствии с его содержанием, т. е. совершение действий, являющихся предметом обязательства. В этом выражается одно из важнейших требований, которому должно соответствовать исполнение – исполнение в натуре. Роль права и прежде всего обязательственного права состоит в обеспечении реализации указанного требования. При этом нельзя не обратить внимания на то, что в немалой степени гарантия исполнения в натуре, в том числе путем применения принудительных мер, зависит от того, как определен предмет обязательства – в качестве индивидуального (индивидуализированного) или родового. Дело в том, что механизмы обеспечения исполнения в натуре этих обязательств различные. Принудительное исполнение в натуре родовых обязательств, в том числе обязательств по передаче вещей в собственность, практически исключается: ни материальный, ни процессуальный закон не предусматривают соответствующих способов и средств.

Напротив, в отношении индивидуальных обязательств, предусматривающих передачу вещи в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление, установлен действенный механизм, направленный на обеспечение в случае необходимости принудительного исполнения в натуре, однако должник, обязанный передать определенную вещь, по существу обладает ограниченными возможностями исполнения в натуре: вследствие гибели вещи наступает невозможность исполнения, т. к. замена предмета договора «аналогичной» вещью *в рамках данного обязательства* исключена.

Вместе с тем необходимо особо подчеркнуть, что независимо от того, является ли обязательство индивидуальным или родовым, закон предусматривает специальные меры обеспечения его исполнения (гл. 23 ГК РФ), выполняющие также функции стимулирования исполнения обязательств в натуре. Подобные меры могут быть установлены и в договоре. И все же, на стадии исполнения родовых и индивидуаль-

тельно, независимо от того, возможно ли реальное исполнение ответчиком обязательства в части передачи двухкомнатной квартиры, права истца подлежат защите». При новом рассмотрении дела Президиум предложил установить, имеются ли у ответчика в указанном доме свободные двухкомнатные квартиры и с учетом этого предложить истцу уточнить материально-правовые требования, в том числе путем изменения способа защиты гражданских прав (Постановление Президиума ВАС РФ № 588/96 от 16.03.97 // Вестник ВАС. 1999. № 8. С. 38–39).

ных обязательств нельзя не усмотреть различие, выражающееся в отсутствии механизма принудительного обеспечения исполнения в натуре первых и наличии такого механизма исполнения вторых, который закреплен в ст. 398 ГК РФ.

Возвращаясь к вопросу о предпочтительности определения предмета обязательства долевого участия в качестве индивидуального или родового, имея в виду интересы дольщика – более слабой стороны в обязательстве, следует при ответе учитывать достоинства и негативы как того, так и другого варианта. При прочих равных условиях преимущества индивидуального обязательства заложены в специальном механизме, предусмотренном в ст. 398 ГК РФ: в случае неисполнения обязательства кредитор (в рассматриваемом обязательстве – дольщик) имеет право требовать отобрания у должника вещи и передачи ее ему, а в случае невозможности удовлетворения этого требования – право на возмещение убытков. По родовому обязательству у кредитора отсутствует аналогичное право требовать отобрания вещи у должника и передачи ее ему, он может лишь требовать возмещения причиненных неисполнением договора убытков. Однако поскольку по такому обязательству обязанности должника, как и право требования кредитора, сконцентрированы не на индивидуальном предмете, исполнение возможно и за счет предоставления другого предмета данного рода. Применительно к обязательству долевого участия это означает, что должник вправе требовать передачи ему любой квартиры в данном доме (домах), отвечающей обусловленной соглашением характеристике.

3. Как уже отмечалось, к договорным отношениям долевого участия в строительстве в зависимости от их субъектного состава и содержания договора (если конкретный договор нельзя квалифицировать по одной из предусмотренных законодательством договорных конструкций или в качестве смешанного) следует по аналогии применять нормы сходного договорного института. Практически вопрос о квалификации договора о долевом участии в строительстве становится актуальным, как правило, в связи с нарушением обязательства контрагентом дольщика. Квалификацией договора предопределяется содержание субъективных прав дольщика, а в конечном счете и законность судебного акта по возникшему спору.

На основании заключенного договора о долевом участии у дольщика возникает обязательственно-правовое требование к контрагенту о совершении предусмотренных соглашением действий по передаче объекта в собственность и обязанность уплаты определенной

денежной суммы или предоставления иного эквивалента[21]. Это правоотношение сохраняется в неизменном виде на протяжении всего процесса строительства до ввода объекта в эксплуатацию. Исключение, по-видимому, представляют случаи, когда строительство дома прекращено и возможны определение и передача помещения (являющегося предметом договора) в не завершенном строительством доме, а также если последующим соглашением сторон предусмотрено, что выполнение отделочных работ не входит в круг обязанностей контрагента дольщика (последнее может быть определено и в самом договоре о долевом участии в строительстве при его заключении).

В связи с этим, на мой взгляд, следовало бы отказаться от императивных утверждений, встречающихся в юридической литературе, а также судебной практике, не признающих без достаточных оснований возможность передачи в собственность не завершенного строительством объекта (его части). В постановлении от 25.02.98 № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и иных вещных прав»[22] Пленум ВАС РФ разъяснил: не завершенные строительством объекты, не являющиеся предметом действующего договора строительного подряда, относятся к недвижимому имуществу. При разрешении споров о праве собственности на не завершенные строительством объекты необходимо руководствоваться нормами, регулирующими правоотношения собственности на недвижимое имущество и совершения сделок с ним (п. 16). В постановлении Пленума отсутствует указание о возможности передачи в собственность части строящегося на долевых началах жилого дома, однако правило п. 16, содержащее принципиальное положение относительно не завершенных строительством объектов, может быть распространено и на отношения долевого строительства, если строящийся объект не является предметом договора строительного подряда. При этом имеется в виду, что дольщик требует передачи в собственность предусмотренного договором индивидуализированного помещения, не завершенного строительством, с целью его завершения в индивидуальном порядке, учитывая, что впоследствии возможно его самостоятельное использование (например, гаражный бокс в общем массиве, не завершенном строительством). Передача объекта дольщи-

[21] Ср. п. 5 Обзора практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.07.2000 № 56) // Вестник ВАС РФ. 2000. № 9.

[22] Вестник ВАС РФ. 1998. № 10.

ку в собственность возможна также в случаях, когда контрагент дольщика не обязан по договору передать *завершенный* строительством объект (скажем, квартиру)[23]. В настоящее время подобная практика заключения договоров о долевом участии в строительстве жилья на условиях выполнения отделочных работ индивидуально дольщиками распространена при строительстве так называемых элитных жилых домов. Однако ввод дома в эксплуатацию допускается, если выполнены все, в том числе отделочные работы в соответствии с установленными требованиями. В этих случаях предметом обязательства долевого участия в строительстве следует признать передачу помещения в той степени готовности, которая предусмотрена договором о долевом участии или последующим соглашением.

В обсуждаемом здесь аспекте интерес представляет следующее дело.

Предъявлен иск о признании права собственности на определенную квартиру в конкретном доме, а в случае невозможности выделить ее – о взыскании рыночной стоимости квартиры. Арбитражный суд, удовлетворив требования истца, обязал ответчика передать истцу указанную им квартиру. Апелляционная инстанция отменила решение и в удовлетворении исковых требований отказала: поскольку дом в эксплуатацию не сдан, вновь создаваемое недвижимое имущество не зарегистрировано, у истца отсутствует право требовать предоставления квартиры в не завершенном строительством объекте.

Кассационная инстанция оставила жалобу истца без удовлетворения, указав следующее: стороны заключили договор на *долевое строительство* дома, по условиям которого истец является дольщиком, а ответчик – заказчиком. Дольщик свои обязанности выполнил, заказчик квартиру не передал. Однако строительство дома не завершено. Объект незавершенного строительства находится в общей собственности (ст. 252 ГК РФ). Истец вправе предъявить требование об определении его доли в праве на общее имущество. Право собствен-

[23] Так, арбитражный суд первой инстанции отказал в иске об обязании ответчика передать квартиру № 16 в строящемся конкретном доме. Апелляционная инстанция, отменив решение, исковые требования удовлетворила. Суд кассационной инстанции отменил постановление апелляционной инстанции, оставив в силе решение первой инстанции. Президиум ВАС РФ, не согласившись с кассационной инстанцией, указал: ссылка суда кассационной инстанции на незавершенность строительства жилого дома, в силу чего не имеется оснований для передачи спорной квартиры истцу, неправильна, так как общестроительные работы завершены, а выполнение отделочных работ, согласно решению общего собрания участников строительства данного дома, должно осуществляться дольщиками индивидуально (Постановление Президиума ВАС РФ № 4131/00 от 19.12.2000 // Вестник ВАС РФ. 2001. № 3. С. 25–26).

ности на жилой дом не возникло, поскольку дом в эксплуатацию не сдан и не зарегистрирован в установленном ст. 219 ГК РФ порядке. А потому истец не вправе требовать выдела доли. Договор о совместной деятельности не привел к возникновению у истца права собственности на спорное жилое помещение[24].

Приведенное постановление кассационной инстанции, полное очевидных противоречий, касающихся квалификации договора и возникших на его основании прав дольщика, тем не менее побуждает к обсуждению некоторых вопросов.

Прежде всего отметим, что если строительство дома не закончено, он не введен в эксплуатацию и нет условий, позволяющих сделать вывод о наличии упомянутых выше исключений из общего правила, согласно которому до ввода дома в эксплуатацию дольщику принадлежит обязательственно-правовое требование, юридическая природа которого не зависит от определенности предмета договора (индивидуальный или родовой), то действует это общее правило. Обладая указанным правом, дольщик не лишен возможности требовать подтверждения его в судебном порядке, если оно не признается или оспаривается другой стороной. По существу, это означает не что иное, как требование подтверждения существования обязательства долевого участия в строительстве.

Поскольку в зависимости от того, как стороны определили предмет обязательства, определяется и содержание их субъективных прав и обязанностей, в случаях неисполнения контрагентом дольщика обязательства крайне важно правильно определить характер заявленных дольщиком исковых требований, что является необходимой предпосылкой законности и обоснованности судебного решения. Так, иск о *признании права на получение* соответствующего жилья в пределах затраченных истцом средств и доли, предусмотренной договором, арбитражный суд рассмотрел как спор *о признании права собственности на 654 кв. м* жилой площади в конкретном доме. Признав неправильной квалификацию судом исковых требований, Президиум ВАС РФ указал, что истец на самом деле добивался защиты обязательственного права, возникшего из договора на строительство жилого дома, а не права собственности[25].

---

[24] Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.08.99. Д. № Ф 04/1632-431/А 032-99.

[25] Закон. 1996. № 8. С. 113–114.

Аргументация постановления была бы еще более убедительной, если бы содержала указание на явную ошибочность признания права собственности на квадратные метры жилой площади.

Объектом права собственности, как и иных вещных прав, является вещь, точнее (по господствующему мнению), индивидуально-определенная вещь независимо от способа ее индивидуализации. Этому признаку объекта права собственности никак не соответствует количество метров жилья, которое и вещью признать нельзя. Требование такого рода может быть элементом только обязательственного правоотношения. Поэтому правильным было бы решение о признании права истца и обязанности ответчика передать соответствующее количество метров площади в доме, указанном в договоре, при доказанности существования обязательства между истцом и ответчиком и других обстоятельств в обоснование права истца.

В судебно-арбитражной практике в обоснование признания права собственности на индивидуально-определенную вещь обычно приводится ст. 209 ГК РФ[26]. Кстати отметим, что в юридической литературе аналогичное обоснование объекта правоотношения собственности не встречается. Действительно ли ст. 209 ГК РФ предусматривает, что объектом права собственности является индивидуальная вещь? Этой статьей, озаглавленной «Содержание права собственности», начинается раздел II ГК РФ «Право собственности и другие вещные права». Соответствующих прямых указаний в ст. 209 ГК РФ не содержится. И все же, если исходить из того, что любое из названных в ней правомочий осуществимо лишь в отношении определенной, т. е. индивидуализированной вещи, то можно сделать вывод, что ссылка на ст. 209 ГК РФ в обоснование того, что объектом права собственности является индивидуальная вещь, едва ли следует считать ошибочной.

Арбитражные суды довольно часто склоняются к квалификации договоров о долевом строительстве в качестве договоров простого товарищества (о совместной деятельности), хотя не всегда обоснованно[27]. Поскольку согласно ст. 219 ГК РФ право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой

[26] См. постановления Президиума ВАС РФ: № 1620/90 от 06.08.96 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 11. С. 45; № 405/96 от 21.05.96 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 9. С. 46–47.

[27] См. уже подвергнутые анализу постановления Президиума ВАС РФ от 24.06.97 № 5166/96 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 42–43, а также постановление № 1620/96 от 06.08.96 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 11. С. 45.

регистрации, то пока строительство объекта не завершено и он не введен в эксплуатацию участник не вправе требовать признания права на долю в праве общей долевой собственности, он может требовать лишь определения размера вклада в виде доли в общем имуществе. Следует согласиться с утверждением, что «участник *действующего* договора простого товарищества не вправе требовать признания за ним права на долю в праве собственности на не завершенную созданием новую вещь, так называемый договорный полуфабрикат (будь то здание, не завершенное строительством, или любое другое имущество)» и что он «тем более не вправе ставить вопрос о признании права на долю в общей собственности на имущество, *которое должно быть создано* согласно договору, до его создания...»[28]. По-видимому, солидарен с подобной позицией и К. Скловский: если суд находит основания для признания договора долевого строительства договором о совместной деятельности, то на спорный объект распространяется режим общей долевой собственности, «причем общая собственность возникает непосредственно одновременно с возникновением самого объекта»[29].

4. В исполнении обязательства долевого строительства в натуре в соответствии с условиями договора, заключается, можно безошибочно сказать, экономический интерес дольщика-физического лица, вкладывающего средства для приобретения жилья в собственность. Не в меньшей мере в этом заинтересовано и юридическое лицо, в том числе в случае приобретения жилых помещений для последующего отчуждения.

Уже отмечалось, что при прочих равных условиях закон в большей мере обеспечивает исполнение в натуре *индивидуального обязательства долевого строительства*, имеющего своим предметом передачу конкретных помещений, индивидуализированных по указанным в договоре признакам. В случае неисполнения заказчиком (застройщиком) обязательства может быть использован механизм правовой защиты дольщика, предусмотренный ст. 398 ГК РФ, действие которого рассчитано на ситуации, когда существуют два или более обязательств с тождественным предметом, а потому объективно может быть исполнено в натуре лишь одно из них, другого просто не дано. Естественно, что в таких случаях возникает коллизия прав и интересов кредиторов, получающая разрешение в указанном механизме.

---

[28] *Романец Ю. В.* Система договоров в гражданском праве России. М.: Юрист, 2001. С. 486.

[29] *Скловский К.* Квалификация отношений по застройке и право на объект строительства в судебной практике // Хозяйство и право. 1997. № 10. С. 80.

Статья 398 ГК РФ, в отличие от нормы п. 2 ст. 396 ГК РФ, устанавливает общее правило о самой возможности требовать отобрания у должника индивидуально-определенной вещи – предмета обязательства о передаче ее в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование – и передачи ее кредитору, а также следующие три нормы, определяющие приоритеты кредиторов в ситуации существования двух или более обязательств, предусматривающих передачу одной и той же вещи: 1) правило, признающее приоритетное право третьего лица, которому вещь уже передана и имеющему право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления; 2) правило, устанавливающее *принцип старшинства* того из кредиторов, в пользу которого обязательство возникло раньше, *если вещь еще не передана*; 3) правило, определяющее приоритет *в случае невозможности установления старшинства*. Наконец, ч. 2 ст. 398 ГК РФ предусматривает право кредитора требовать *вместо передачи вещи*, являющейся предметом обязательства, возмещения убытков. «Вместо», очевидно, можно истолковать так, что изначально, в случае неисполнения должником обязательства в натуре, кредитору принадлежит альтернативное право требования об отобрании у должника вещи и передачи ее ему или возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ).

Арбитражные суды нередко обращаются к ст. 398 ГК РФ при разрешении споров, связанных с неисполнением заказчиками (застройщиками) своих обязательств. Примеры и анализ их приводятся ниже, но прежде необходимо рассмотреть еще один теоретический вопрос, имеющий и практическое значение. Ст. 398 ГК РФ говорит о передаче вещи третьему лицу, имеющему право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. Именно в этом случае у кредитора отпадает право требования отобрания вещи у должника. Оставляя в стороне толкование неудачной формулировки «*имеющему право* собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления», а также обоснование преимущественного права третьего лица, которому вещь передана[30], необходимо отметить следующее. Ст. 398 ГК РФ предусматривает право требования отобрания вещи *у должника и только у него*, и это правильно, так как отсутствуют какие-либо основания – как договорные, так и внедоговорные – для отобрания вещи кредитором по обязательству у третьего лица. Кредитор по обязательству не обладает также легитимацией для предъяв-

[30] См. об этом: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. Иркутск. 20001. С. 190–191.

ления к третьему лицу и виндикационного иска, независимо от того, по каким основаниям вещь передана последнему, поскольку не является собственником или обладателем иного вещного права (ст. 301, 302 ГК РФ).

В связи с этим нет необходимости подвергать здесь анализу не совпадающие по содержанию формулировки первого и второго предложения ч. 1 ст. 398 ГК РФ. В самом деле, в первом говорится о неисполнении обязательства передать кредитору индивидуально-определенную вещь не только в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление, но и в возмездное пользование. Во втором же предложении отпадение у кредитора права требовать отобрания вещи у должника связывается лишь с передачей имущества третьему лицу, *имеющему право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления*. О передаче в возмездное пользование нет указаний[31]. Но, как только что было замечено, кредитор по обязательству, не получивший исполнения от должника, никаких требований к третьему лицу, которому вещь передана, предъявлять не может.

По делам о долевом участии в строительстве судебно-арбитражная практика наиболее часто обращается к ст. 398 ГК РФ для обоснования отказа в удовлетворении исковых требований о передаче в собственность дольщика конкретных жилых помещений, установив факт отсутствия таковых у ответчика, передачи их другим лицам[32]. Обоснованным можно признать отказ в иске по этому мотиву, если достаточно полно установлены и исследованы обстоятельства, с которыми ст. 398 ГК РФ связывает последствия в виде отказа в удовлетворении требований истца. К сожалению, это требование не всегда находит воплощение в практике. Приведем некоторые примеры.

Договором, заключенным между товариществом с ограниченной ответственностью и акционерным обществом об участии в строительстве конкретного жилого дома, предусмотрено, что после ввода дома в эксплуатацию АО обязано передать ТОО три квартиры, из которых фактически переданы только две. В связи с этим товарищество предъявило иск о передаче однокомнатной квартиры. Акционерное общество не отрицало, что истец полностью выполнил свои обязательства по оплате трех квартир, а однокомнатная квартира не была передана, так как все квартиры этого типа заселены на условиях, исключающих призна-

[31] Подробнее об этом см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Указ. соч. С. 213–215.

[32] См., например: Вестник ВАС РФ. 2001. № 8. С. 20–22; 2001. № 9. С. 22–23; 2000. № 10. С. 24–26; 1999. № 5. С. 47–48.

ние соответствующих ордеров недействительными. Решение суда первой инстанции, обязавшего ответчика приобрести и передать истцу равнозначную однокомнатную квартиру (хотя истец такое требование не заявлял), суд кассационной инстанции отменил, передав дело на новое рассмотрение и указав следующее: согласно ст. 398 ГК РФ при невозможности передать индивидуально-определенную вещь, являющуюся предметом обязательства, кредитор вправе требовать возмещения убытков, однако суд не выяснил волеизъявление истца в части возмещения ему причиненных неисполнением обязательства убытков[33].

В судебных актах первой и кассационной инстанций отсутствуют указания, по крайней мере, на три важных обстоятельства, имеющих значение для законности и обоснованности решения. Во-первых, не определена квалификация договора и не указаны правовые нормы (кроме ст. 398 ГК РФ), регулирующие отношения сторон. Во-вторых, неясно, предусматривал ли договор передачу определенных, индивидуализированных квартир с указанием номеров и других параметров в соответствии с проектной документацией. Решение суда первой инстанции о возложении обязанности на ответчика приобрести аналогичную квартиру и передачи ее истцу может послужить поводом для вывода, что стороны предусмотрели родовое обязательство, который, однако, опровергается ссылкой на ст. 398 ГК РФ (устанавливающей последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь), что означает не что иное, как то, что подлежала передаче определенная (индивидуализированная) квартира.

Независимо от определенности обязательства – родовое или индивидуальное – возложение обязанности на должника приобрести и передать равнозначную квартиру является в принципе неправильным, не соответствующим закону не только в данном случае: такую обязанность нельзя возлагать по любому другому обязательству, предусматривающему передачу вещи.

В случае наступления невозможности исполнения в натуре обязательства, предмет которого определен индивидуально, должник освобождается от исполнения, так как предмет юридически (а может быть и экономически) незаменим и если ни одна из сторон не отвечает за возникшее обстоятельство, вызвавшее невозможность исполнения, обязательство прекращается. Другое дело, что своим соглашением

[33] См.: Обзор практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве. (Информационное письмо от 25.07.2000 № 56, п. 9) // Вестник ВАС РФ. 2000. № 9. См. также Вестник ВАС РФ. 1999. № 5. С. 47–48.

стороны могут предусмотреть передачу «аналогичной» вещи, но в этом случае на основании достигнутого соглашения возникнет новое обязательство. Возложение судебным решением обязанности на должника-ответчика приобрести и передать кредитору-истцу равнозначную вещь не только нельзя признать законным, поскольку передаче подлежит индивидуальная (незаменимая) вещь, но невозможно также обеспечить исполнение этой обязанности в натуре гражданско-правовыми средствами. Наконец, ст. 398 ГК РФ не предусматривает при неисполнении обязательства передать индивидуально-определенную вещь возложение на должника обязанности приобрести равнозначную вещь и передать ее кредитору. В этом случае кредитор вправе требовать возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ).

В-третьих, указание о невозможности исполнения обязательства о передаче однокомнатной квартиры, поскольку все квартиры этого типа в построенном доме заселены и нет оснований для признания ордеров недействительными, само по себе нельзя признать достаточным и требует дополнительного обоснования, учитывая содержание второго предложения ч. 1 ст. 398 ГК РФ.

Приведем другой пример. Истец просил обязать ответчика передать ему 18 конкретных квартир с обозначением их номеров в построенном доме. Суд первой инстанции, признав, что истец свои обязательства по финансированию строительства выполнил, исковые требования удовлетворил, обязав ответчика передать квартиры в натуре. Кассационная инстанция указала на отсутствие свободных квартир и невозможность удовлетворения иска в этой части в силу ст. 398 ГК РФ. Между тем, говорится в постановлении Президиума ВАС РФ, в деле отсутствуют доказательства передачи квартир в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление третьим лицам (именно это согласно ст. 398 ГК РФ блокирует право кредитора требовать отобрания вещи у должника и передачи ее ему – Б. Х.). Доводы ответчика об «отсутствии квартир, свободных от обязательств перед третьими лицами», суд не проверил. Поэтому вывод суда кассационной инстанции о невозможности истребования имущества в натуре необоснован[34].

Правильно обращено внимание на необходимость проверки отсутствия квартир, свободных от обязательств перед третьими лицами. Однако ошибочно считать, что если установлено наличие квартир, обремененных обязательственными правами третьих лиц, но еще не

[34] Постановление Президиума ВАС РФ от 27.06.2000 № 94/00 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 10. С. 24–26.

переданных, в иске о передаче квартир в натуре истцу должно быть отказано, поскольку такое решение игнорирует правило ст. 398 ГК РФ, согласно которому, если вещь еще не передана, преимущество имеет тот из кредиторов, в пользу которого обязательство возникло раньше (правило о старшинстве). При этом речь должна идти не о всяких обязательствах, а только о тех, которые названы в первом предложении ч. 1 ст. 398 ГК РФ.

5. Несомненный интерес представляет вопрос об обоснованности применения ст. 398 ГК РФ в случаях оформления долевого строительства договором о совместной деятельности (простого товарищества) или установления признаков этого договора в соглашении о долевом участии в строительстве. Обратимся к примеру.

По договору о совместной деятельности по строительству жилого дома ИЧП обязалось перечислить автоколонне денежные средства, а последняя – выделить ему однокомнатную квартиру. Суд первой инстанции, установив отсутствие у ответчика однокомнатной квартиры, вынес решение, оставленное без изменений апелляционной инстанцией, об обязании ответчика предоставить истцу однокомнатную квартиру, имеющую потребительские свойства, аналогичные однокомнатным квартирам в доме, строительство которого предусматривалось договором. Суд кассационной инстанции отменил решения двух судебных инстанций и в иске отказал, признав, что ИЧП договорных обязательств не исполнило. Оставив без изменения постановление суда кассационной инстанции, отметив в постановлении, что решениями всех трех судебных инстанций указано на отсутствие у ответчика требуемой однокомнатной квартиры, Президиум ВАС РФ счел необходимым подкрепить отказ в иске ссылкой на ст. 398 ГК РФ[35]. Тем самым Президиум признал правомерным решение споров о требованиях, связанных с долевым участием в строительстве, основанных на договоре о совместной деятельности, в соответствии со ст. 398 ГК РФ. Такой подход к решению подобного рода споров о долевом участии в строительстве представляется весьма сомнительным.

Созданное в результате совместной деятельности имущество принадлежит участникам на праве общей долевой собственности (ст. 1043 ГК РФ). Следовательно, иск участника должен быть предъявлен ко всем остальным участникам совместной деятельности, а требование – относиться к определению доли в общей собственности (если она не опреде-

[35] См.: Вестник ВАС РФ. 1999. № 5. С. 47–48. См. также Вестник ВАС РФ. 1996. № 7. С. 55–57; № 9. С. 61–62.

лена в договоре) и о ее выделе или о переводе на истца прав и обязанностей покупателя доли, проданной с нарушением требований ст. 250 ГК РФ. Между тем, как видно из приведенного и ему подобных дел, иски предъявляются к заказчику (застройщику) с требованием об исполнении договора в натуре, о передаче помещения в соответствии с заключенным договором о долевом участии в строительстве дома.

Нередко встречающиеся нарушения договоров о долевом участии в строительстве в значительной мере – результат заслуживающего осуждения поведения заказчиков, подрядчиков, а также «оптовых» дольщиков, получивших право распоряжения своей долей и вступивших в договорные отношения с третьими лицами-дольщиками.

Неисполнение обязанности передать дольщику помещение в соответствии с договором является чаще всего следствием заключения долевых договоров на площади дома, в сумме превышающие проектную площадь, или заключения на одно и то же конкретное (индивидуальное) помещение, обозначенное в проектной документации, двух или более договоров на долевое участие в строительстве либо, наконец, отчуждения третьему лицу помещения, предназначенного дольщику. В связи с этим в целях защиты прав и законных интересов дольщиков имеется настоятельная необходимость установления действенного механизма предотвращения недобросовестного и противоречащего требованиям цивилизованного гражданского оборота поведения застройщиков, заказчиков и др., заключающих договоры с дольщиками. В качестве такого механизма можно предложить обязательную государственную регистрацию договоров на долевое участие в строительстве в органах юстиции, осуществляющих регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Такая мера уже предлагалась[36]. Учетная регистрация инвестиционных контрактов на строительство и реконструкцию жилых домов в Москве, заключенных от имени Правительства Москвы, и всех договоров о привлечении финансовых средств в строительство жилья, заключенных гражданами и (или) юридическими лицами в рамках инвестиционного контракта, действует в г. Москве[37].

В целях обеспечения единства практики разрешения этой важной категории дел представляется желательным и необходимым принятие соответствующего постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ.

---

[36] См.: *Скловский К.* Долевое участие в строительстве // Закон. 1999. № 4. С. 113.

[37] См.: *Сергеева И.* Правовые основы привлечения финансовых средств граждан и организаций в долевое строительство // ЭЖ-Юрист. 1998. № 12.

О РЕГУЛЯРНОМ И ИРРЕГУЛЯРНОМ ХРАНЕНИИ ВЕЩЕЙ*

Несмотря на достаточно широкую распространенность отношений хранения вещей, исследованию их правового регулирования уделяется недостаточно внимания. Литература по этой проблематике немногочисленна, а специально посвященная договору хранения с обезличением крайне бедна[1]. Многие вопросы остаются слабо изученными и дискуссионными. К ним, в частности, относятся вопросы о предмете хранения, его определенности, о сущности иррегулярного хранения и границе между этим видом хранения и хранением регулярным. Их исследованию и посвящена настоящая статья.

1. В случаях отсутствия у владельца вещей условий для обеспечения их сохранности своими средствами и силами возникает потребность обращения к услугам другого лица – хранителя, отношения с которым опосредуются правовой формой – договором хранения. Договор хранения – один из договоров об оказании услуг, подвергающийся самостоятельной правовой регламентации: на отношения хранения не распространяются нормы главы 39 Гражданского кодекса Российской Федерации (п. 2 ст. 779). Хранение (depositum), как осо-

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* О регулярном и иррегулярном хранении вещей // Сборник памяти М. М. Агракова. Ярославль, 2007. С. 87–100. – *Прим. ред.*

[1] См., напр.: *Цыбуленко З. И.* Обязательства хранения в советском гражданском праве. Изд-во Саратовского университета, 1980; *Брагинский М. И.* Договор хранения. М.: Статут, 1999; *Самойлова М. В.* Договор хранения с обезличением вещей // Доклады итоговой научной конференции юридических факультетов. Часть II. Томск: Изд-во ТГУ, 1968. С. 6–13; *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 120–132.

бый вид услуг, нуждающийся в самостоятельном правовом регулировании, признавался и признается отечественной цивилистикой[2].

Как известно, целью хранения является сбережение и сохранение имущества поклажедателя от хищения, порчи, повреждения и других отрицательных воздействий на него. Предметами хранения могут быть только движимые вещи. ГК РФ, в отличие от иных кодификаций[3], не содержит *прямого* указания на то, что на хранение могут быть переданы только движимые вещи[4]. Однако такой вывод может быть сделан не только на основании п. 3 ст. 926 ГК, предусматривающего недвижимые вещи в качестве предмета лишь такого вида хранения, как секвестр[5], но и ст. 890 ГК РФ, говорящей о смешении вещей поклажедателя с его согласия с вещами других поклажедателей при хранении вещей с обезличением. Излишне доказывать, что объекты недвижимости, являющиеся по определению индивидуально-определенными, в принципе невозможно смешать.

Хранение вещей может осуществляться по одной из двух договорных моделей – реального или консенсуального договора. Основной, наиболее распространенной является реальная модель договора хранения[6], закрепленная в п. 1 ст. 886 ГК РФ[7]: по договору хранения

---

[2] См.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Часть III. М.: Статут, 2003. С. 442; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. 6-е издание. СПб., 1907. С. 552; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. III. М.: Статут, 2002. С. 658.

[3] См., напр.: ст. 1918 ФГК, § 688 ГГУ, ст. 883 Обязательственно-правового закона Эстонии (принят 26. 09.2001 г., вступил в действие с 01.07.2002 г.), ст. 1968 Гражданского кодекса Латвийской Республики (принят 23.01.1937 г.), введен в действие с 1992 г., ст. 2280 Гражданского кодекса Квебека.

[4] Рассматриваемое положение отсутствует также, например, в ГК Украины, ГК Республики Казахстан. Не содержит подобного указания и Модельный Гражданский кодекс – рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств (1995 г., гл. 50.) В обширной главе тома X Свода законов Российской империи «Об отдаче и приеме на сохранение, или о поклажах» (ст. 2100–2124) также не было указания на то, что на хранение могут быть переданы только движимые вещи, что не препятствовало, однако, признанию доктриной данного положения (см., напр.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. СПб., 1902. С. 507; *Победоносцев К. П.* Указ. соч. С. 437; *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 552; *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 438. Согласно проекту Русского Гражданского уложения поклажепринимать обязуется хранить *движимую* вещь, переданную ему поклажедателем (ст. 1900).

[5] См.: *Брагинский М. И. Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 695.

[6] Хранение на основании реального договора следует считать основной конструкцией (моделью), исходя из неограниченности субъектного состава на стороне хранителя: им может быть любой сделкоспособный субъект гражданского права, между тем как консенсуальный договор хранения могут заключать только хранители, указанные в законе – п. 2 ст. 886 ГК РФ.

[7] В качестве реального предусматривается договор хранения в ФГК (ст. 1919), ГГУ (§ 686), ГК Квебека (ст. 2280–2281), Обязательственно-правовом законе Эстонии (ст. 883), ГК Латвийской Республики (ст. 1968), ГК Украины (ст. 936), ГК Республики Казахстан (ст. 768).

одна сторона (хранитель) обязуется хранить вещь, *переданную* ей другой стороной (поклажедателем), и *возвратить эту вещь* в сохранности. Данное определение не отличается от дефиниции того же договора в ст. 422 ГК РСФСР 1964 г.

Легальное определение договора хранения, помимо признака, определяющего его реальный характер – договор считается заключенным с момента передачи вещи хранителю (причем передача выступает и в качестве необходимого условия заключения договора: нет передачи, нет договора), – содержит и другой признак: право собственности на сданные на хранение вещи не переходит к хранителю: вещи поступают в его временное владение независимо от того, указан в договоре срок или нет (ст. 889 ГК РФ), и по требованию поклажедателя подлежат возврату, причем те же самые вещи, которые переданы на хранение; риск случайной гибели (случайного повреждения) вещи несет поклажедатель – собственник[8].

Другой моделью договорного хранения является консенсуальный договор, известный Гражданскому кодексу РСФСР 1964 г. (ч. 2 ст. 422) и действующему Гражданскому кодексу РФ. По такому договору предусматривается обязанность хранителя принять на хранение вещь от поклажедателя в предусмотренный договором срок (п. 2 ст. 866 ГК РФ). На стороне хранителя могут выступать только указанные в п. 2 ст. 886 субъекты: коммерческие или некоммерческие организации, для которых хранение является одной из целей их деятельности (профессиональные хранители). Обязанности поклажедателя передать имущество на хранение в п. 2 ст. 888 не установлено, соответственно хранитель согласно прямому указанию п. 1 этой же статьи не вправе требовать от поклажедателя передачи ему указанной в договоре вещи (абз. 1 п. 1 ст. 888 ГК РФ). Следовательно, консенсуальный договор хранения в соответствии с п. 2 ст. 886, казалось бы, порождает одностороннее обязательство: у хранителя возникает обязанность, а у поклажедателя – право требования принятия имущества на хранение в соответствии с договором.

Однако системное толкование п. 2 ст. 886 и абз. 3 п. 1 и п. 2 ст. 888 ГК не только не подтверждает этого вывода, но и прямо его опровергает. Поклажедатель, не передавший вещь на хранение в ус-

[8] Правило п. 3 ст. 401 ГК РФ об ответственности независимо от вины не снимает вопроса о риске, так как ответственность должника (в данном случае хранителя) согласно ему не является абсолютной, простираясь до непреодолимой силы, а последствия гибели или повреждения вещи вследствие действия непреодолимой силы несет сторона сделки, на которую возлагается риск.

тановленный срок, несет ответственность перед хранителем: он обязан возместить убытки, причиненные тем, что хранение не состоялось, если иное не предусмотрено законом или договором хранения. Он освобождается от ответственности лишь при условии уведомления хранителя об отказе от его услуг в разумный срок.

Как известно, основанием гражданско-правовой ответственности является правонарушение, которое немыслимо без существования соответствующей юридической обязанности, которую оно нарушает. Это позволяет сделать вывод, что консенсуальный договор хранения порождает обязанность также и поклажедателя, т. е. является двусторонне обязывающим[9].

Вызывает возражение утверждение, согласно которому обязанности хранителя по консенсуальному договору принять имущество на хранение «корреспондирует не обязанность, *а право другой стороны (поклажедателя)* передать имущество на хранение». Предусматриваемая абз. 2 п. 1 ст. 888 ГК РФ обязанность поклажедателя возместить хранителю убытки в связи с несостоявшимся хранением (вещи не переданы на хранение) признается ответственностью за *«неосуществление права поклажедателя* сдать имущество на хранение...»[10] (курсив мой. – *Б. Х.*). Нет необходимости подвергать приведенные положения критическому анализу.

Кроме того, диспозитивной нормой предусмотрено освобождение хранителя от обязанности принять вещь на хранение, если поклажедатель в соответствии с договором не передал имущество на хранение (п. 2 ст. 888 ГК). Освобождение должника от обязанности в двусторонне обязывающем договоре в связи с нарушением другой стороной ее обязанности скорее следует признать мерой защиты, которая может быть применена наряду с возложением на поклажедателя обязанности возмещения убытков хранителю.

Нельзя не заметить, что обязанность хранителя по консенсуальному договору принять в установленный договором срок вещи на хранение (п. 2 ст. 886 ГК) не обеспечивается *специальной* нормой об ответственности за ее неисполнение. Однако, заключив консенсуальный договор, поклажедатель рассчитывает в соответствии с ним на возможность обеспечения хранения, например, поступающей от поставщика скоропортя-

[9] Сходные положения высказаны М. И. Брагинским (см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 691).

[10] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй / Под. ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. М., 2002. С. 616 (автор главы 47 – *Н. И. Соловяненко*).

щейся продукции в холодильнике. В случае же отказа хранителя в принятии последней на хранение в установленный срок ответственность должна наступать в соответствии со ст. 401 ГК РФ. В противном случае создавалось бы некое неравенство последствий нарушения прямо предусмотренной законом обязанности хранителя по консенсуальному договору хранения и выводимой в результате системного толкования соответствующих норм ГК обязанности поклажедателя по такому договору, если вещи не переданы на хранение в установленный срок.

В модельном Гражданском кодексе для СНГ понятие консенсуального договора хранения сформулировано более удачно, чем в п. 2 ст. 886 ГК: хранитель обязуется *принимать* вещи поклажедателя и *хранить переданные* поклажедателем вещи (ст. 884). В этой дефиниции акцент делается на обязанности хранителя хранить *переданные* поклажедателем *вещи*. Это означает, что обязанность хранить и возвратить вещь возникает не с момента заключения консенсуального договора хранения, а с момента *передачи* поклажедателем вещи хранителю. Не нуждается в доказывании, что хранить можно только то, что передано на хранение[11]. Таким образом, независимо от того, по какой модели заключен договор хранения – реальной или консенсуальной[12], – право требовать и обязанность хранить возникают только с момента передачи вещи хранителю.

2. Как показано выше, по способу заключения различают две модели договора хранения – договор реальный и договор консенсуальный. С точки зрения степени определенности предмета договора (индивидуально-определенные вещи или вещи, определенные родовыми признаками), выделяют обычное, регулярное хранение (*depositum regulare*) и хранение иррегулярное (*depositum irregulare*).

Понятия реального и консенсуального договора, с одной стороны, и договоров регулярного и иррегулярного хранения – с другой – не взаимоисключаемые. От модели, по которой заключен договор хране-

[11] Такое мнение полвека назад было высказано К. А. Граве. Он писал: обязанность хранить и вернуть вещь поклажедателю «может, естественно, возникнуть лишь с момента, когда вещь уже получена хранителем, а не с момента, когда между сторонами состоялось соглашение о хранении» (Отдельные виды обязательств. Курс советского гражданского права). М., 1954. С. 223.

[12] По своей направленности на возникновение обязательства хранения консенсуальный договор относится к договорам хранения. О хранении по признаку направленности договоров см.: *Романец Ю.* Обязательство хранения в системе гражданских договоров // Российская юстиция. 1999. № 10. С. 21.

Небезынтересно отметить, что ГК Республики Казахстан именует договор, предусматривающий обязательство профессионального хранителя принимать на хранение вещи поклажедателя, договором о принятии вещи на хранение (ст. 769).

ния (реальной или консенсуальной), не зависит режим хранения – регулярное или иррегулярное хранение, – определяемый соглашением сторон договора. В режиме регулярного или иррегулярного хранения возможно хранение по модели реального или консенсуального договора, при этом не следует забывать, что на основании консенсуального договора возникает обязанность хранить и возвратить вещь с момента передачи ее хранителю, при совершении которой соглашением может быть определен тот или иной режим хранения.

Некоторое сомнение может возникнуть относительно хранения по реальному договору в режиме иррегулярного хранения, если критерием разграничения регулярного и иррегулярного хранения считать определенность вещей, передаваемых на хранение: при таком подходе по реальному договору передаются индивидуально-определенные вещи, которые (именно они, а не такие же вещи) подлежат возврату поклажедателю. Однако, как будет показано далее, его нельзя признать обоснованным. Забегая вперед, следует заметить, что по модели реального договора, заключаемого передачей вещей хранителю, возможно хранение как в режиме регулярного, так и иррегулярного хранения.

По господствующему в юридической литературе мнению, граница между регулярным и иррегулярным хранением проводится в зависимости от предмета, передаваемого на хранение, его статуса: определена ли вещь в договоре в качестве индивидуальной (индивидуализированной) или только родовыми признаками[13]. Между тем ни ч. 1 ст. 422 ГК 1964 г., ни п. 1 ст. 886 действующего ГК не упоминают о степени определенности передаваемых вещей (индивидуальные или родовые). Вывод о том, что имеются в виду вещи, определенные в договоре как индивидуальные (индивидуализированные), делается из указания закона, что возврату поклажедателю подлежат те же вещи, которые были сданы на хранение[14]. Лишь при этом условии и соблюдении иных требований

[13] См., напр.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 496–497; Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд. Т. 2. М., 2003. С. 707 (автор главы 46 – *А. П. Сергеев*); Советское гражданское право / Отв. ред. В. А. Рясенцев. Т. 2. М., 1965. С. 304 (автор – *Л. А. Антонова*).

[14] Отмечая неурегулированность договора поклажи ни в Гражданском кодексе, ни в других законодательных актах, М. М. Агарков сформулировал понятие договора регулярного хранения, не утратившее значение и сегодня: «В так наз. регулярном договоре поклажи поклажедатель остается собственником переданной на хранение вещи, и поклаженаниматель обязан *вернуть ему ту же самую вещь, которая была ему передана.* Находящаяся на хранении вещь, таким образом, не обезличивается, а остается индивидуализированной» (курсив мой. – *Б. Х.*) (*Агарков М. М.* Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М.: Бек, 1994. С. 69). См. также: Гражданское

закона и договора хранения он считается исполненным, а обязательство – прекращенным. Иррегулярным признается хранение вещей, определяемых родовыми признаками. Возврату поклажедателю подлежат не те же вещи, которые сданы на хранение хранителю, а вещи такого же рода, в таком же количестве и такого же качества.

Наряду с господствующим в юридической литературе мнением, согласно которому хранение с условием возврата поклажедателю тех же самых вещей, которые сданы на хранение, имеет своим предметом индивидуально определенные вещи, встречаются и иные высказывания по этому вопросу. Так, А. П. Сергеев, выделяя в зависимости от передаваемых на хранение вещей регулярное и иррегулярное (с обезличением) хранение, далее пишет: «По договору регулярного хранения (от лат. regulare – обычный, нормальный) на хранение сдается индивидуально определенная вещь либо *имущество, определенное родовыми признаками*, при условии, что по окончании срока договора гарантируется возврат того же самого имущества (например, тех же самых экземпляров ценных бумаг или тех же денежных купюр)»[15] (курсив мой. – *Б. Х.*).

В приведенных положениях обнаруживается явное противоречие: с одной стороны, по договору регулярного хранения может передаваться имущество, определенное родовыми признаками, но с другой – возврату поклажедателю подлежит то же самое имущество, т. е. то, которое передано; его замена аналогичными вещами исключается[16]. Соблюдение этого условия несомненно предполагает индивидуализацию передаваемых вещей, недопущение смешения их с аналогичными вещами других поклажедателей или (и) самого хранителя, сохранение их индивидуализированными, выделенными из массы однородных вещей, т. е. хранение обособленно; в противном случае окажется невозможной идентификация при возврате вещей поклажедателю. Таким образом, признание возможным предметом регулярного хранения родовых вещей без индивидуализации (вследствие индивидуализации их любым способом вещи выступают в качестве индивидуально-определенных) противоречит п. 1 ст. 886 ГК РФ.

право: Учебник для вузов Т. II // Под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М., 1944. С. 107 (автор – *З. И. Шкундин*).

[15] Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 2. С. 707.

[16] Г. Ф. Шершеневич считал несовместимым договор поклажи, устанавливающий обязанность возвратить ту же вещь, с возможностью обезличения хранимых вещей (см.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права. 7-е изд. М., 1914. С. 223), т. е. когда передаются вещи, определяемые родовыми признаками.

По крайней мере неточным представляется и определение А. П. Сергеевым предмета иррегулярного хранения. По его мнению, этот договор «заключается в отношении такого имущества поклажедателя, которое может смешиваться с вещами такого же рода и качества других поклажедателей либо самого хранителя»[17]. Возврату же подлежит такое же или обусловленное соглашением количество вещей того же рода и качества. Такое определение («имущество, которое может смешиваться...») вообще трудно назвать определением[18]. Однако из приведенных определений договоров регулярного и иррегулярного хранения ясно, что А. П. Сергеев классификационным признаком выделения этих двух видов хранения признает определенность сдаваемых на хранение вещей (индивидуальные или родовые).

Позиция, согласно которой возможно установление различного режима хранения вещей, определенных в договоре родовыми признаками, выражена в одном из комментариев ГК Республики Казахстан. Согласно ст. 771 (п. 2) этого кодекса «при хранении вещей с обезличением вещи *должны быть обособлены* от вещей такого же рода и качества, если это установлено законодательными актами либо соглашением сторон» (курсив мой. – *Б. Х.*).

Комментируя эту противоречивую норму (хранение вещей с обособлением от вещей такого же рода и качества и хранение вещей с обезличением – режимы взаимоисключающие), Е. Б. Осипов пишет: «Режим хранения вещей, определяемых родовыми признаками, неоднозначен и зависит от того, обособляются ли эти вещи от однородных и идентичных по качеству вещей хранителя или иных поклажедателей»[19]. Если поклажедатель не заинтересован в возврате «конкретно сданных, определенных родовыми признаками вещей», которые сданы на хранение, то это – хранение с обезличением (т.е. иррегулярное. – *Б. Х.*) и, следовательно, допускается смешение вещей, принятых на хранение, с вещами хранителя и (или) других поклажедателей, а хранитель обязан возвратить равное или обусловленное договором коли-

[17] Гражданское право. Учебник... Т. 2. С. 707

[18] Стоит заметить, что А. П. Сергеев, утверждая, что договоры регулярного и иррегулярного хранения выделяются в зависимости от вида вещей, сдаваемых на хранение, при характеристике договора иррегулярного хранения оперирует не этим критерием, а использует другой признак – смешиваемость вещей разных поклажедателей.

[19] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий (постатейный). В 2 кн. Кн. 2. Статьи 768–1124. Алматы, 2006. С. 7–8 (автор – *Е. Б. Осипов*). См. также: Гражданское право. Т. II. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы, 2002. С. 450.

чество вещей этого же рода и качества[20]. «В случае же обособления сданных на хранение вещей, определенных родовыми признаками, договор хранения не будет иметь особенностей по сравнению с договором хранения индивидуально-определенных вещей»[21].

Вывод о том, что в указанной ситуации имеет место договор регулярного хранения, является верным. Однако цитированная формулировка может быть истолкована в том смысле, что якобы существуют родовые вещи по их природе, свойствам, но, будучи обособлены от других однородных вещей, признаются индивидуальными[22]. Между тем предмет обязательства определяется как индивидуальная или родовая вещь соглашением сторон. Обособленность вещи от аналогичных вещей того же рода и характеризует ее как индивидуально-определенную.

3. Как уже отмечалось, выделение режимов регулярного и иррегулярного хранения производится в доктрине, как правило, по статусу сдаваемых на хранение вещей – определенные в договоре как индивидуальные или родовые. По этому критерию классификацию режимов хранения проводил и ГК 1964 г., предусматривавший в качестве предмета хранения с обезличением (иррегулярного хранения) вещи, определенные в договоре родовыми признаками (ч. 1 ст. 432). В отличие от ГК 1964 г., действующий ГК РФ при определении хранения вещей с обезличением не содержит указания о предмете хранения, что, по-

[20] См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий (постатейный). С. 8.

[21] Там же.

[22] Именно о таком подходе к классификации вещей на индивидуальные и родовые свидетельствует следующее суждение Е. Б. Осипова: «...Хранение допустимо и в отношении вещей, определенных родовыми признаками, например, зерно, стройматериалы и т. п. Аналогичная ситуация, – продолжает автор, – возможна и в случаях, когда сданные индивидуально-определенные вещи определены в договоре только родовыми признаками, например, приобретая в магазине партию товара в виде двух компьютеров, покупатель оставляет их на хранение в магазине» (Гражданское право. Т. II / Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. С. 450). Приведенная цитата, на мой взгляд, неверно отражает сущность указанной классификации вещей. Как в первом, так и во втором примере вещи a priori определены как родовые (зерно) или индивидуальные (компьютеры), между тем как и те, и другие могут быть определены соглашением сторон как в качестве индивидуальных, так и родовых. В подтверждение см. пример, приводимый М. И. Брагинским, о покупке партии автомашин определенной модели (см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 701). Точка зрения о возможности хранения вещей, определенных родовыми признаками, с обособлением их от других вещей высказана также М. Ф. Казанцевым (см.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарий, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь и др. М., 1996. С. 482). Автор не учитывает, что обособление вещей – один из способов их индивидуализации, возврату поклажедателю подлежат именно эти, а не такие же вещи.

видимому, нельзя считать ни случайностью, ни пробелом в законодательстве. Дело в том, что в качестве квалифицирующего иррегулярное хранение законодатель избрал иной критерий, закрепленный в ст. 890 ГК РФ. Формулировка ст. 890 адекватно выражает сущность и отличительные черты хранения с обезличением вещей, сданных на хранение: по этому договору хранитель обязан, а поклажедатель вправе требовать возврата не тех же самых вещей, которые были сданы на хранение, а равное или обусловленное договором хранения количество вещей того же рода и качества. Таким образом, действующий Гражданский кодекс признает отличительной особенностью договора хранения с обезличением *содержание субъективного права поклажедателя и юридической обязанности* хранителя[23].

К. А. Граве, в отсутствие в ГК 1922 г. норм о договоре хранения, не связывал понятие хранения с обезличением со сдачей на хранение именно вещей, определенных родовыми признаками. Он писал: «На практике можно встретиться ... со случаями, когда кто-либо, сдавая свое имущество, требует от хранителя вернуть ему не то же самое имущество, а другое такое же по качеству и в таком же количестве. В этом случае говорят о сдаче на хранение вещей с их *обезличением*»[24].

Гражданский кодекс РФ не содержит указаний о предмете иррегулярного хранения. Однако этот вопрос представляет интерес и поэтому его нельзя обойти. При этом следует обозначить статус вещей при сдаче их на хранение и их возврате хранителем поклажедателю как индивидуально-определенных или родовых.

На хранение во всех случаях, в том числе при хранении с обезличением, передаются вещи конкретные, определенные и, следовательно, по крайней мере, индивидуализированные. Они индивидуализированы по принадлежности данному поклажедателю, выделены из однородных вещей по их месту нахождения на хранении. К тому же нельзя забывать, что передача вещи сама по себе – очевидный способ индивидуализации независимо от цели традиции, ее направленности на соответствующий правовой результат.

---

[23] Из содержания обязательства хранения с обезличением исходил и Г. Ф. Шершеневич, указывая, что главная особенность этого вида хранение состоит в том, что хранитель обязан возвратить не ту же самую вещь, а только однородную такого же качества и в том же количестве (см.: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 562–563). В правопорядках ряда зарубежных стран иррегулярное хранение также характеризуется не по определенности предмета хранения, а по юридической обязанности хранителя возвратить поклажедателю такое же количество вещей и того же самого качества, какое было сдано на хранение (ст. 1978 Гражд. код. Латвийской Республики, ст. 896 Обязательственно-правового закона Эстонии).

[24] Отдельные виды обязательств. М. 1954. С. 326

Таким образом, по общему правилу, передаются вещи индивидуально-определенные независимо от режима хранения[25]. Исключение составляют случаи, когда *при самой передаче* вещей на хранение происходит смешение сдаваемых с однородными вещами других поклажедателей или (и) самого хранителя. Например, при принятии на хранение зерна элеватором, овощей овощехранилищем, нефтепродуктов нефтебазой и т. п. без их обособления. Таким образом, и при хранении с обезличением (иррегулярном хранении) сдаваемые на хранение вещи, за исключением указанных выше случаев, индивидуализированы, но так как поклажедатель не заинтересован в возврате именно тех же вещей, которые сданы на хранение[26], договором допускается смешение их с однородными вещами других поклажедателей и (или) самого хранителя, а обязательство хранителя состоит в возврате однородных вещей того же качества, в равном или обусловленном сторонами количестве. В связи с наличием или отсутствием заинтересованности поклажедателя в возврате тех же вещей, которые сданы на хранение, ГК РФ, в отличие от ГК РСФСР 1964 г. (ст. 432)[27], в императивной норме устанавливает, что возможность смешения вещей поклажедателя с вещами того же рода и качества других поклажедателей допускается только в случаях, прямо предусмотренных договором хранения (ст. 889). Так как хранение осуществляется в интересах поклажедателя, решающим является его согласие на обезличение вещей, но при определении в договоре режима хранения учитываются и возможности хранителя обеспечить обособленное хранение вещей конкретного поклажедателя.

Обязательство хранителя по возврату поклажедателю вещей того же рода и качества нельзя признать индивидуальным: выбор конкретных вещей того же рода и качества принадлежит хранителю. Поклажедателю практически безразлично, будет ли возврат произведен из вещей, смешанных хранителем, или других того же рода и качества. Его интерес заключается в возврате таких же вещей в обусловленном договором хранения количестве.

---

[25] Возвращаемые поклажедателю вещи, поступающие в его собственность, также являются индивидуально определенными.

[26] Об отсутствии интереса поклажедателя при иррегулярном хранении в возврате тех же самых вещей, которые сданы на хранение, почти 80 лет назад М. М. Агарков писал: «...Кроме регулярной поклажи возможна так наз. иррегулярная поклажа, в случае которой передаваемые на хранение вещи (например, ценные бумаги, деньги) ввиду *отсутствия интереса к их индивидуализированию обезличиваются*» (курсив мой. – *Б. Х.*) (*Агарков М. М.* Указ. соч. С. 69).

[27] По ГК РСФСР 1964 г. обезличение вещей по договору иррегулярного хранения составляло одно из правомочий хранителя (см.: *Самойлова М. В.* Указ. соч. С. 6).

Подытоживая изложенное, можно сделать вывод, что граница между регулярным и иррегулярным хранением усматривается не в степени определенности вещей, сдаваемых на хранение (индивидуальные и родовые вещи), а в различных условиях договора и в вытекающих из них различных субъективных правах и юридических обязанностях сторон: возврат поклажедателю тех же самых вещей, которые были сданы на хранение, или допустимость замены вещей однородными того же качества[28]. Сходно с этим выводом следующее утверждение М. И. Брагинского, высказанное в специальном исследовании о договоре хранения: «...Хранение становится иррегулярным не потому, что переданная на хранение вещь относится к числу родовых, а скорее, наоборот, вследствие того, что содержание договора допускает для хранителя право заменять переданные на хранение вещи, оказывается возможным установление режима иррегулярного (в тексте – «ответственного», что, вероятно, является ошибкой. – *Б. Х.*) хранения»[29].

В обоснование статуса передаваемых на хранение с обезличением вещей как индивидуализированных можно привести и следующее суждение. Передаваемые отдельными поклажедателями вещи при смешении хранителем с однородными вещами утрачивают свой индивидуализированный статус, но поступив, например, на элеватор, в холодильник или на нефтебазу хранителя, тем самым отделяются от однородных вещей, становясь индивидуализированными. Это особенно важно подчеркнуть в связи с определением того, кто является собственником этих вещей. Данный вопрос в действующем ГК, в отличие от ГК РСФСР 1964 г. (ст. 432), остался нерешенным. Является он, как известно, дискуссионным и в юридической литературе. Однако, каким бы ни было его решение, безусловно предполагается право собственности на индивидуальные (индивидуализированные) вещи, так как обладать правом собственности (иным вещным правом) можно только на определенные вещи и нельзя быть собственником вещей вообще, хотя бы и обозначенных родовыми признаками. Следовательно, при любом решении о субъекте права собственности на вещи, хранимые с обезличением, это право на индивидуализированные вещи. Иного не дано.

---

[28] См.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Указ. соч. С. 128.

[29] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 701. На этой же странице автор приводит убедительный пример, который, впрочем, лишний раз подтверждает, что вещи могут выступать и выступают в обороте как индивидуально-определенные или родовые по соглашению сторон, а не по неким якобы присущим им свойствам.

НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАКОНУ НЕТРУДОСПОСОБНЫМИ ИЖДИВЕНЦАМИ*

В разделе пятом Гражданского кодекса Российской Федерации «Наследственное право» содержатся многочисленные новации, легально закрепляющие как предложения ученых о совершенствовании законодательства о наследовании, так и устоявшиеся положения нотариальной и судебной практики, существенно обогатившие этот раздел ГК. Теперь значительно полнее и более детально регулируются отношения по переходу прав и обязанностей от умершего лица к его наследникам как по закону, так и по завещанию. Это относится и к правилам о наследовании нетрудоспособными иждивенцами, которые и по действовавшему ранее законодательству также признавались законными наследниками.

Признание иждивенцев наследниками по закону можно объяснить их статусом нетрудоспособных и получением средств к существованию от наследодателя при его жизни. Будучи нетрудоспособными, эти лица, как правило, не имеют собственных источников средств жизнеобеспечения и потому находятся на иждивении других лиц. В связи со смертью наследодателя иждивенцы лишаются получаемой ранее от него материальной помощи, остаются без средств к существованию. Поэтому предоставление им права наследования гуманно, соответствует нравственным началам. Признание их наследниками обоснованно, поскольку предполагается, что материальная помощь продолжалась бы, если бы не наступила смерть лица, оказывавшего ее. Получение части наследства после смерти этого лица призвано в ка-

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 22–25. – *Прим. ред.*

кой-то степени компенсировать утраченный иждивенцем источник средств к существованию. Нельзя сбрасывать со счета и то, что нетрудоспособные иждивенцы нередко связаны с наследодателем отношениями родства или свойства, но не относятся к той очереди наследников, которая призывается к наследованию по закону.

Правила о наследовании нетрудоспособными иждивенцами подверглись в ГК РФ существенным изменениям, коснувшимся прежде всего и больше всего условий призвания этих лиц к наследованию по закону, и в какой-то степени порядка наследования, которые рассматриваются в настоящей статье.

Давая общую оценку новелл ГК по рассматриваемому вопросу, следует сказать, что законодатель, дополнив существовавшие ранее условия призвания иждивенцев к наследованию новыми условиями, тем самым ограничил круг этих лиц как потенциальных наследников по закону. При этом следует подчеркнуть, что ограничения наследования нетрудоспособными иждивенцами теперь распространяются и на наследование ими в порядке ст. 1149 ГК РФ в качестве необходимых наследников, имеющих право на обязательную долю. Нетрудоспособные иждивенцы, входящие в круг наследников любой из семи очередей, призываются к наследованию в соответствии со ст. 1149 ГК РФ, если не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении. Другие нетрудоспособные иждивенцы наследуют, если не менее года до смерти наследодателя не только находились на его иждивении, но и проживали совместно с ним. Кодекс 1964 г. (ст. 535) не предусматривал ни одного из этих двух условий.

Теперь рассмотрим *порядок* наследования по закону нетрудоспособными иждивенцами, имея в виду, что именно порядок призвания их к наследованию является главной особенностью наследования этой категории граждан.

Нетрудоспособные иждивенцы не относятся к определенной очереди наследников по закону. Они наследуют вместе и наравне с законными наследниками любой очереди из семи предусмотренных очередей, призванной к наследованию, однако они не приобретают статуса наследников этой очереди. Действует лишь определенный порядок призвания их к наследованию, не равнозначный установлению очередности наследования. Не случайно в законе говорится о наследовании иждивенцами *наравне* с наследниками любой очереди.

Правильное, соответствующее букве и смыслу закона определение статуса иждивенцев как наследников по закону имеет важное практическое значение, что видно из следующего примера.

После смерти А. остались его жена, сын (наследники первой очереди), два брата (наследники второй очереди) и нетрудоспособный иждивенец, имеющий право наследования в соответствии с п. 2 ст. 1148 ГК РФ. Переживший супруг и сын от наследства отказались. Кто в данном случае наследует? Если признать иждивенца наследником первой очереди, то, поскольку жена и сын отказались от наследства, имущество умершего будет наследовать только он, как единственный наследник первой очереди. При такой трактовке положения иждивенца как наследника первой очереди два брата наследодателя – наследники второй очереди – не наследуют. Однако подобное толкование п. 1 и 2 ст. 1148 ГК представляется ошибочным, не опирающимся на содержание ст. 1141 ГК, в соответствии с которой, если нет наследников опережающей очереди, наследуют наследники последующей очереди. В приведенном примере нетрудоспособный иждивенец наследует *вместе и наравне* с двумя братьями умершего, призываемыми к наследованию в качестве наследников второй очереди (хотя встречается и иное толкование порядка наследования нетрудоспособными иждивенцами[1]).

Такой порядок наследования нетрудоспособными иждивенцами обеспечивает оптимальное решение двуединой задачи. Во-первых, гарантируется повышенная защита интересов указанных лиц, призвание их к наследованию независимо от наличия близких родственников умершего. Во-вторых, наследуя вместе и наравне с родственниками наследодателя, иждивенцы не отстраняют их от наследования. В этом – несомненное достоинство конструкции, определяющей порядок наследования, установленный Основами гражданского законодательства 1961 г. (ч. 4 ст. 118) и ГК 1964 г., и преимущества, по сравнению с порядком наследования, который предусматривал Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 марта 1945 г. Согласно этому указу нетрудоспособные иждивенцы относились к наследникам первой очереди, а трудоспособные родители – ко второй, а потому отстранялись от наследования.

Обратимся теперь к рассмотрению *условий*, при наличии которых нетрудоспособные иждивенцы могут наследовать по закону. Как известно, по Кодексу 1964 г. необходимыми и достаточными были два

[1] См.: *Гордон М. В.* Наследование по закону и по завещанию. М., 1967. С. 23.

условия: нетрудоспособность и состояние на иждивении умершего не менее одного года до его смерти (ч. 3 ст. 532).

Гражданский кодекс РФ, в отличие от ст. 532, выделяет две группы нетрудоспособных иждивенцев в качестве законных наследников, для каждой из которых, кроме общих условий, устанавливает дополнительное условие призвания к наследованию. В основание разграничения этих групп законодателем положен признак принадлежности нетрудоспособного иждивенца к одной из очередей наследников (ст. 1142–1145 ГК). Из самого факта выделения по указанному признаку двух групп иждивенцев-наследников очевидно, что условия призвания к наследованию каждой из них различаются: для одной условия более мягкие, для другой – более жесткие при том, что статус граждан одной и другой группы ничем не отличается – нетрудоспособность и состояние на иждивении умершего, вследствие смерти которого они лишились средств к существованию. Это позволяет *a priori* сомневаться в обоснованности выделения двух групп наследников и установления дополнительного условия призвания к наследованию одной из них, а именно необходимости совместного проживания с наследодателем до его смерти. Этот вопрос будет рассмотрен в дальнейшем, а сейчас обратимся к признакам выделения этих групп.

В *первую группу* включены граждане, относящиеся к наследникам по закону, указанным в ст. 1143–1145 ГК РФ, т. е. к любой из шести очередей законных наследников, начиная со второй (п. 1 ст. 1148 ГК). При анализе правила п. 1 ст. 1148 ГК обращает на себя внимание отсутствие указания на ст. 1142 ГК, определяющую наследников по закону первой очереди. Объясняется это тем, что иждивенец-наследник первой очереди наследует на общих основаниях независимо от наличия условий призвания к наследованию нетрудоспособных иждивенцев. На таких же основаниях наследуют нетрудоспособные иждивенцы-наследники любой из последующих шести очередей, *если к наследованию призываются наследники той очереди, к которой относится и нетрудоспособный иждивенец.*

Так, если после смерти А. остались его брат и нетрудоспособный дедушка, то, поскольку оба относятся ко второй очереди наследников по закону, дедушка наследует вместе с братом умершего, но именно как наследник второй очереди (ст. 1143 ГК), а не как нетрудоспособный иждивенец. Это важно особо подчеркнуть, имея в виду практическое значение определения основания призвания нетрудоспособного иждивенца к наследованию. Допустим, что брат отказался

от наследства. Возникнет вопрос: должен ли наследовать только нетрудоспособный иждивенец-дедушка в качестве наследника второй очереди или он наследует вместе с наследниками третьей очереди? Правильным представляется признание в этом случае нетрудоспособного иждивенца единственным наследником, даже если имеются наследники третьей очереди.

Из сказанного можно сделать следующий вывод. Как нетрудоспособные иждивенцы граждане наследуют по закону, если не призываются к наследованию по иным основаниям, в частности не относятся к той очереди, которая призывается к наследованию, и не имеют права наследовать по праву представления (ст. 1146 ГК РФ). Другое дело, если нетрудоспособный иждивенец назначен наследником по завещанию. В этом случае он будет наследовать сразу по двум основаниям (см. ч. 2 п. 2 ст. 1152 ГК РФ).

Нетрудоспособные иждивенцы первой группы наследуют вместе и наравне с наследниками той очереди, которая призывается к наследованию. Преимущество, признаваемое за ними законом и объясняемое их статусом, состоит в том, что, не будучи наследниками этой очереди, они наследуют вместе и наравне с входящими в нее наследниками, хотя и относятся к более дальней очереди. Иными словами, эти лица наследуют вне своей очереди, т. е. вне очереди. Если есть нетрудоспособный наследник-иждивенец первой очереди (или более дальней очереди при отсутствии наследников опережающей очереди), он наследует на общих основаниях, а не как иждивенец.

Правила о наследовании нетрудоспособными иждивенцами первой группы отличаются от нормы ч. 3 ст. 532 ГК 1964 г. тем, что последняя признавала иждивенца наследником по закону независимо от того, входит ли он в число наследников по закону в соответствии с ч.1 и 2 той же ст. 532.

Вторая группа представлена нетрудоспособными иждивенцами, которые не являются наследниками, названными в ст. 1142–1145 ГК РФ. Призвание их к наследованию возможно при наличии не только общих условий – нетрудоспособности и состояния на иждивении, – но также и дополнительного условия – совместного проживания с умершими не менее года до его смерти (п. 2 ст. 1148 ГК РФ). Формулировка п. 2 этой статьи – «не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении и проживали совместно с ним» – позволяет однозначно сделать вывод, что условием наследования этими лицами является не только их состояние на иждивении наследодателя не ме-

нее года, но и совместное проживание с ним в течение этого же периода. Гипотеза данной нормы предусматривает два требования: иждивение и совместное проживание; слова «не менее одного года до смерти» в равной степени относятся к каждому из них. Если, например, иждивенец, проживавший отдельно, некоторое время в связи с болезнью наследодателя жил у него, осуществляя уход за ним, его нельзя признать наследником по основаниям, указанным в п. 2 ст. 1148 ГК РФ, ввиду отсутствия одного из необходимых условий – совместного проживания с наследодателем в течение не менее одного года до его смерти.

Нетрудоспособные иждивенцы, которые не входят в круг наследников, перечисленных в ст. 1142–1145 ГК РФ, проживавшие совместно с наследодателем не менее года до его смерти, наследуют самостоятельно в восьмой очереди, если отсутствуют другие наследники по закону любой из семи очередей (п. 3 ст. 1148 ГК РФ). Как видно, указанные граждане призываются к наследованию при тех же условиях, что и другие иждивенцы второй группы. Однако специфика наследования этими лицами состоит в том, что они наследуют при отсутствии других законных наследников самостоятельно, т. е. не делят наследство с другими наследниками ввиду их отсутствия.

Установление различных условий призвания нетрудоспособных иждивенцев к наследованию в зависимости от того, относятся ли они к наследникам, указанным в ст. 1142–1145 ГК РФ, а именно введение дополнительного условия наследования для тех, кто не указан в этих статьях (совместное проживание с умершим не менее года до его смерти), трудно объяснить и признать обоснованным. Практически этим, как уже отмечалось, вводится ограничение круга потенциальных наследников по закону по основанию нетрудоспособности, против которого могут быть выдвинуты следующие возражения.

Гражданский кодекс РФ существенно расширил круг наследников по закону, включив в него не только родственников вплоть до пятой степени родства, но и пасынков и падчериц, отчима и мачехи. Кроме того, наследуют по закону, как и прежде, переживший супруг, усыновители и усыновленные, нетрудоспособные иждивенцы наследодателя. В установлении восьми очередей наследников по закону, а также провозглашении завещательной свободы нашло выражение стремление законодателя свести к минимуму случаи перехода имущества как выморочного в порядке наследования в собственность Российской Федерации.

Нетрудоспособный иждивенец, не входящий в круг наследников, указанных в ст. 1142–1145 ГК РФ и не проживавший совместно с наследодателем до его смерти, не будет наследовать ни как наследник-нетрудоспособный иждивенец, ни как необходимый наследник, имеющий право на обязательную долю (п. 1 ст. 1149 ГК РФ). В связи с этим возникают следующие вопросы: 1) насколько справедлив, оправдан и соответствует воле наследодателя, если бы он хотел и мог ее выразить, отказ в праве наследования нетрудоспособному иждивенцу на том основании, что он не входит ни в одну из очередей наследников по закону и не проживал совместно с умершим до его смерти? 2) обоснованно ли с нравственных позиций предпочтение, отдаваемое законом при указанных обстоятельствах весьма отдаленному родственнику умершего, например, пятой степени родства, который и ведать не ведал о существовании наследодателя, но будет призван к наследованию, и отказ в праве наследования нетрудоспособному, хотя и не проживавшему совместно с умершим, но состоявшему на его иждивении и в связи со смертью «кормильца» лишившемуся средств к существованию?

При обсуждении обоснованности и целесообразности требования о совместном проживании с умершим как необходимом условии наследования (п. 2 и 3 ст. 1148 ГК РФ) следует иметь в виду и то, что непроживание совместно с наследодателем нередко может объясняться неблагополучными жилищными условиями умершего, не позволявшими предоставить иждивенцу крышу над головой (нельзя забывать, что миллионы людей в России продолжают проживать в стесненных условиях и стоят на очереди как нуждающиеся в улучшении жилищных условий). Поэтому трудно обосновать установление дополнительного требования о совместном проживании иждивенца с наследодателем. В связи с этим представляется желательным исключить это условие из п. 2 ст. 1148 ГК РФ.

Наследование по закону на основании нетрудоспособности и иждивенства обусловлено установлением юридических фактов, с которыми закон связывает право наследования. Если между наследниками и иждивенцами не возникает споров о наследовании последними, проблема доказывания может и не возникать. Но даже при их отсутствии, если будет необходимо получить свидетельство о праве на наследство (ст. 1162 ГК РФ), потребуется представить нотариусу доказательства в подтверждение права наследования, т. е. каждого элемента юридического состава как основания права наследования.

Начнем с нетрудоспособности лица. Единого легального определения круга нетрудоспособных, используемого во всех случаях, когда с фактом нетрудоспособности связываются правовые последствия, нет. В различных законах с оговоркой «для целей» соответствующего закона приводимые перечни нетрудоспособных лиц не совпадают[2].

Раздел V ГК РФ «Наследственное право» не содержит специального перечня нетрудоспособных лиц, в связи с чем, если законом не установлено иное, следует исходить из общепринятого на практике положения, согласно которому к нетрудоспособным лицам относятся женщины, достигшие 55, и мужчины 60 лет (независимо от назначения им пенсии в соответствующих случаях в более раннем возрасте), инвалиды I, II и III групп, в т. ч. инвалиды с детства, лица, не достигшие возраста 16 лет (ст. 63 Трудового кодекса РФ[3]), учащиеся до 18 лет, а обучающиеся по очной форме обучения – до окончания обучения, но не дольше, чем до достижения ими 23 лет. Имеются все основания относить этих лиц к нетрудоспособным, поскольку при наследовании иждивенцами по закону ситуация – смерть кормильца – аналогична той, которая предусмотрена ст. 1088 ГК РФ, пп. 1 и 2 ст. 9 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации». Для признания лица нетрудоспособным по возрасту или по инвалидности не имеет значения факт продолжения трудовой деятельности данным лицом, но в таком случае может возникнуть вопрос о состоянии на иждивении умершего. Однако прежде чем обратиться к нему, следует сказать о том, к какому времени относится определение нетрудоспособности.

Согласно ст. 1148 ГК РФ нетрудоспособность определяется на день открытия наследства. В ГК 1964 г. содержалась несколько иная формулировка: к числу наследников по закону относились нетрудоспособные лица, состоящие на иждивении умершего не менее одного года до его смерти (ст. 532). Это позволяло толковать данную норму таким образом, что лицо признавалось законным наследником, если находилось на иждивении умершего, будучи нетрудоспособным. Иначе говоря, требование «не менее года» относилось в равной мере к состоянию на иждивении и к продолжительности нетрудоспособности.

---

[2] См., напр., ст. 2 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4831); ст. 9 Федерального закона от 17 декабря 2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2001. № 52. Ст. 4920).

[3] СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3.

ГК РФ разъединил эти требования во времени. Отсюда следует, что ст. 1148 ГК РФ не исключает такого положения, когда лицо, будучи трудоспособным, находилось на иждивении умершего; решающее значение имеет нетрудоспособность «ко дню открытия наследства». Это не должно вызывать недоумения, принимая во внимание, что, если лицо, не являясь нетрудоспособным, находилось на иждивении, то тем более, став нетрудоспособным ко дню открытия наследства, должно иметь право наследования.

В действующем законодательстве понятие *иждивения* определено в законе «О трудовых пенсиях в Российской Федерации». В соответствии с п/п. 3 п. 2 ст. 9 названного закона состоявшими на иждивении наследодателя должны признаваться лица, если они находились на его полном содержании или получали от него помощь, которая была для них постоянным и основным источником средств к существованию (определение иждивения в ст. 9 дано применительно к условиям назначения трудовой пенсии по случаю потери кормильца и, как представляется, с полным основанием должно быть использовано и при определении права наследования нетрудоспособного иждивенца). При отсутствии соответствующих документов этот факт может быть установлен в судебном порядке (п. 2 ст. 264 ГПК РФ) при помощи, в частности, свидетельских показаний. Состояние на иждивении наследодателя является юридически значимым, если оно имело место в течение не менее года до его смерти. «До его смерти» следует понимать в смысле «непосредственно перед смертью», т. е. состояние на иждивении должно продолжаться непрерывно в течение года до дня смерти наследодателя.

Заслуживает внимания вопрос об исчислении периода «не менее года» в случаях объявления безвестно отсутствующего лица умершим и открытия наследства в день вступления в законную силу решения суда. Этот вопрос приобретает в настоящее время практическое значение в связи с непрекращающимися вооруженными столкновениями в так называемых «горячих точках» и террористическими актами на территории России, когда граждане оказываются безвестно пропавшими, а впоследствии объявляются умершими. Полвека назад В. И. Серебровский, ссылаясь на постановление Президиума Верховного суда РСФСР от 16-17 сентября 1935 г., считал необходимым, чтобы нетрудоспособный находился на иждивении объявленного умершим не менее года до момента получения от него последних известий[4]. Та-

[4] См.: *Серебровский В. И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 71.

кой порядок исчисления годичного срока в указанных случаях представляется правильным. Исходя из ст. 45 ГК РФ, годичный срок следует исчислять со дня начала течения пятилетнего или соответственно шестимесячного срока, по истечении которых наследодатель может быть объявлен в судебном порядке умершим.

В ст. 1148 ГК имеется в виду *фактическое* нахождение на иждивении наследодателя, а не право на получение средств на содержание. В связи с этим возникает, по крайней мере, два вопроса: 1) наследует ли нетрудоспособный, который по закону имел право на содержание, но фактически его не получал и не обращался с соответствующим требованием? 2) можно ли признать наследником нетрудоспособного, если имеется вступившее в законную силу решение суда о взыскании с наследодателя алиментов или соглашение об уплате алиментов (ст. 99–105 Семейного кодекса РФ), которые не исполнялись? Буквальное толкование фразы ст. 1148 ГК «*находились* на его иждивении» (курсив мой. – *Б. Х.*) не позволяет положительно ответить ни на один из них. Однако признать такое положение справедливым едва ли возможно. Нельзя забывать, что иждивение – необходимое условие наследования наряду с нетрудоспособностью во всех случаях, указанных в ст. 1148 ГК РФ. Признание неисполнения наследодателем при жизни своих обязанностей по предоставлению средств на содержание нетрудоспособного лица основанием отказа в праве наследования означало бы, тем самым, что неисполнение обязанностей как бы получает одобрение законодателя. Думается, что неправильно и несправедливо было бы ссылаться в обоснование отказа на то, что при жизни наследодателя нетрудоспособный, не получая материальной помощи от него, сам находил средства к существованию. Такое «обоснование» в особенности неуместно, если неисполнение наследодателем обязанности по содержанию обрекало нетрудоспособного на жалкое существование. Но дело не только в этом. Отсутствие в законе требования нуждаемости в средствах наряду с нетрудоспособностью и состоянием на иждивении наследодателя основано на разумном предположении, что нетрудоспособность и состояние на иждивении сами по себе, как правило, свидетельствуют о нуждаемости. Однако получение небольшой пенсии или случайных незначительных доходов – не основание для отрицания факта иждивения, если помощь наследодателя была постоянным и основным источником средств к существованию. Нет также оснований исключать нетрудоспособного из числа наследников в связи с получением, например, крупного выигрыша по лотерее после от-

крытия наследства. Вместе с тем нельзя рассматривать в качестве предоставления иждивения как одного из условий наследования нетрудоспособным систематическое получение платежей от наследодателя в порядке возмещения причиненного им вреда[5].

Мнение, согласно которому содержание кого-либо во исполнение обязанности по договору – договору ренты (гл. 33 ГК РФ) или брачному договору (гл. 8 СК РФ) – даже при условии, что лицо является нетрудоспособным, не может служить основанием наследования после другой стороны[6], нуждается в уточнении. Следует согласиться с этим мнением в части, относящейся к содержанию на основании рентного договора. Однако получение супругом содержания в соответствии с брачным договором едва ли справедливо во всех случаях не признавать состоянием на иждивении в целях наследования по ст. 1148 ГК РФ.

Согласно ч. 3 ст. 42 Семейного кодекса РФ супруги вправе определить в брачном договоре свои права и обязанности по взаимному содержанию. Трудно найти возражения против признания одного из супругов состоящим на иждивении другого, если средства на содержание, хотя и предоставляются во исполнение брачного договора, но при наличии условий, предусмотренных в ст. 89 и 90 СК РФ. Само по себе включение в брачный договор обязанности по предоставлению содержания при наличии этих условий, как представляется, не должно влиять на определение природы отношений по содержанию. Это есть отношения иждивенства, и поэтому при наличии других условий, указанных в ст. 1148 ГК РФ, нетрудоспособное лицо – наследник по закону.

Для призвания к наследованию по закону лица, которое не относится ни к одной из семи очередей наследников по закону, необходимо установление не только фактов нетрудоспособности и состояния на иждивении умершего, но и факта совместного проживания с ним не менее одного года до открытия наследства. При этом закон не требует также совместного ведения общего хозяйства, предполагающего наличие общего бюджета, взаимную заботу, хотя при нахождении лица на иждивении наследодателя и проживании совместно с ним можно презюмировать и совместное ведение общего домашнего хозяйства. Однако законом подобное требование не установлено.

---

[5] См.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 72; Гордон М. В. Указ. соч. С. 26.

[6] См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М.: Юрист, 2002. С. 182.

Совместное проживание в течение не менее одного года не подпадает под понятие временного проживания, ограниченного максимальным шестимесячным сроком (ст. 680 ГК РФ), а соединенное с совместным ведением общего домашнего хозяйства является достаточным основанием для признания нетрудоспособного иждивенца членом семьи наследодателя, хотя последнее для наследования нетрудоспособным не имеет юридического значения. Совместное проживание не менее одного года ближе к понятию постоянного проживания, о котором говорится в п. 2 ст. 672 ГК РФ, однако условия признания лица постоянно проживающим с наследодателем также не должны учитываться при установлении факта совместного проживания с наследодателем. Достаточно установления фактического проживания с посленим в одной квартире, в одном доме или ином жилом помещении. Что касается прописки или регистрации, то необходимо руководствоваться следующим совершенно четким и определенным разъяснением Пленума Верховного суда РФ «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» в постановлении № 8 от 31 октября 1995 г.: исходя из положений ч. 1 ст. 27, ч. 1 ст. 40 Конституции РФ, «...следует иметь в виду, что отсутствие прописки либо регистрации, заменившей институт прописки, само по себе не может служить основанием для ограничения прав и свобод человека, включая и право на жилище... Необходимо учитывать, что данные, свидетельствующие о наличии или отсутствии прописки (регистрации), являются лишь одним из доказательств того, состоялось ли между нанимателем (собственником) жилого помещения, членами его семьи соглашение о вселении лица в занимаемое жилое помещение и на каких условиях» (п. 13)[7]. Проживание нетрудоспособного иждивенца совместно с наследодателем не менее года имеет значение для наследования независимо от приобретения им права пользования жилым помещением в соответствии с действующим законодательством. Отсутствие такого права – не препятствие для признания лица законным наследником на основании его статуса нетрудоспособного иждивенца, совместно проживавшего с наследодателем не менее одного года до открытия наследства.

[7] Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ПРАВУ ПРЕДСТАВЛЕНИЯ И ПЕРЕХОД ПРАВА НА ПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА*

По основаниям призвания к наследованию выделяют два вида наследования – наследование по завещанию и наследование по закону. Особенности наследования по каждому из этих оснований достаточно изучены в отечественной цивилистике.

Наследование по завещанию – это наследование в порядке, установленном по воле наследодателя, выраженной в завещании с соблюдением предписаний, предусмотренных законом. Для призвания к наследованию по завещанию достаточно факта открытия наследства, наличия действительного завещания, указания в нем определенного лица в качестве наследника и нахождения его в живых в день открытия наследства.

Наследование по закону возможно на общих основаниях, в порядке установленной законом очередности, а также по специальным основаниям, хотя также предусмотренным законом, но призвание к наследованию по которым ставится в зависимость от наличия определенных законом условий. Наследование по специальным основаниям изучено недостаточно, в связи с чем, и учитывая новую кодификацию законодательства о наследовании (раздел V Гражданского кодекса РФ), актуальным представляется более подробное изучение данного вопроса.

Итак, наряду с наследованием по закону на общих основаниях можно выделить наследование по праву представления, наследование

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* Наследование по праву представления и переход права на принятие наследства // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3: К 80-летию С. С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 224–249. – *Прим. ред.*

нетрудоспособными иждивенцами, наследование выморочного имущества, наследование в порядке наследственной трансмиссии (действующее также и при наследовании по завещанию) и др. Каждый из этих видов наследования регулируется не только общими, но и специальными правилами (ст. ст. 1146, 1148, 1151, 1156 ГК РФ), определяющими условия наследования, субъектов, призываемых к наследованию, содержание соответствующих наследственных правоотношений.

В настоящей статье исследуются институты наследования по праву представления и перехода права на принятие наследства, при анализе которых обнаруживаются как сближающие их признаки, так и существенные различия. Внимательное изучение соответствующих правовых норм приводит к выводу, что закон дает ответы далеко не на все вопросы, возникающие при наследовании по этим специальным основаниям, а некоторые из этих норм нельзя, по крайней мере, признать бесспорными.

Наследование по праву представления

1. Обращаясь к истории института наследования по праву представления в послереволюционной России, отметим, что в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. в первоначальной редакции он отсутствовал. Согласно ст. 418 ГК РСФСР 1922 г. внуки и правнуки наследодателя призывались к наследованию наравне и вместе с его детьми и другими наследниками. В соответствии со ст. 420 наследственное имущество делилось между всеми лицами, указанными в ст. 418 в равных долях независимо от близости родства, причем более близкий родственник не устранял от наследования более отдаленных родственников.

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 марта 1945 г. «О наследовании по закону и по завещанию» ввел институт наследования по праву представления, установив: «Если кто-либо из детей наследодателя умрет до открытия наследства, его наследственная доля переходит к его детям (внукам наследодателя), а в случае смерти последних – к их детям (правнукам наследодателя)». Наследовать по праву представления могли только внуки и правнуки наследодателя, на потомков других законных наследников право представления не распространялось.

Основы гражданского законодательства Союза ССР 1961 г. (ч. 2 ст. 118), а вслед за ними ГК РСФСР 1964 г. (ст. 532) сохранили право представления за прямыми нисходящими наследодателя; о потомках

усыновленных никаких указаний не содержалось, однако право представления распространялось и на нисходящих усыновленных, что следовало из легального уравнения их в правах и обязанностях с родственниками по происхождению.

В преддверии принятия части третьей ГК РФ Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в статью 532 Гражданского кодекса РСФСР»[1] расширил круг законных наследников, а также круг лиц, наследующих по праву представления, который, кстати сказать, сохранен с некоторыми изменениями и в ГК РФ.

В новой кодификации законодательства о наследовании нормативная база правового регулирования наследственных отношений получила дальнейшее развитие, юридически закреплены некоторые новые институты наследственного права (см. гл. 65 ГК). С учетом сложившейся судебной и нотариальной практики применения раздела VI ГК 1964 г., а также предложений, высказанных в юридической литературе, существенной коррекции подверглись и обогащены также существовавшие ранее институты. Неизменной осталась *сущность наследования по праву представления и условия призвания* к наследованию так называемых «представляющих наследников», если не учитывать новеллу, предусматривающую наследование последними в случае смерти наследника не только до открытия наследства, но и одновременно с наследодателем.

Наследственные отношения, возникающие при наследовании по праву представления, регулируются прежде всего ст. 1142–1144, в которых определен круг лиц, наследующих по этому специальному основанию (далее также «представляющие наследники»), и ст. 1146 ГК РФ, определяющей правовую природу и условия наследования «представляющими наследниками». О наследовании по праву представления упоминается и в других нормах ГК (см. ст. 1140 об исполнении завещательного отказа, ст. 1158 об отказе от наследства в пользу других лиц и отказе от части наследства).

В новой кодификации законодательства о наследовании четко прослеживается неоспоримая тенденция расширения не только круга законных наследников, но и вообще круга лиц, к которым переходит имущество умершего. Наследниками по закону признаются родственники до пятой степени родства включительно, переживший супруг, пасынки и падчерицы, отчимы и мачехи, усыновленные и усыновители, расширен круг наследников по завещанию (п. 2 ст. 1116, ст. 1121

[1] СЗ РФ. 2001. № 21. Ст. 2060.

ГК) и отказополучателей (ст. 1137). Не остался неизменным и институт наследования по праву представления.

2. Для призвания к наследованию по праву представления, помимо общих условий, специальным условием является смерть наследника (ст. 1142–1144 ГК) до открытия наследства или одновременно с наследодателем, т. е. в тот же день, что и наследодатель. В этом случае наследуют нисходящие родственники умершего наследника, его дети.

Указанием «одновременно с наследодателем» действие права представления расширено, что вполне обоснованно, принимая во внимание правило, согласно которому к наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства (п. 1 ст. 1116 ГК). Расширение в действующем законодательстве круга лиц, наследующих по праву представления, как и вообще круга родственников, призываемых к наследованию по закону (ст. 1142–1145 ГК), свидетельствует о стремлении законодателя свести к минимуму случаи признания наследственного имущества выморочным и передачи его в собственность Российской Федерации.

В соответствии с п. 1 ст. 1116 ГК к наследованию могут призываться граждане, не только находящиеся в живых в день открытия наследства, но и зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Наследуют ли последние также по праву представления? Прежде чем ответить на поставленный вопрос, необходимо обратить внимание на неудачную формулировку в п. 1 ст. 1116 ГК фразы, в которой говорится *«после открытия наследства»*. Думается, и родившиеся в день открытия наследства также должны при наличии условий, указанных в п. 1 ст. 1146 ГК, призываться к наследованию по праву представления, как находящиеся в живых в день открытия наследства.

Это соответствует общему правилу ст. 1116. Оснований для иного решения в отношении так называемых насцитурусов (*nasciturus*, лат. – тот, кто должен родиться в будущем) просто нет.

Предположим, что после смерти *А.* единственным его наследником мог бы быть его брат *Б.* До рождения у *Б.* ребенка, зачатого при жизни *А.*, *Б.* умер, причем ранее наследодателя *А.* В этом случае в соответствии с п. 1 ст. 1146 ГК и п. 2 ст. 1143 ГК родившийся ребенок – племянник (племянница) *А.* наследует по праву представления.

По действующему законодательству круг лиц, могущих наследовать по праву представления, как уже отмечалось, по сравнению со ст. 532 ГК 1964 г. в первоначальной редакции существенно расширен.

В соответствии со статьями 1142–1144 ГК к наследству в порядке представления призываются прямые нисходящие без ограничения (внуки, правнуки, праправнуки) и родственники по боковой линии родства – племянники и племянницы, двоюродные братья и сестры наследодателя, т. е. наследуют только нисходящие наследника, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем. Восходящие умершего наследника (отец, мать, дедушка, бабушка) по праву представления не наследуют.

Круг лиц, могущих быть призванными к наследованию как «представляющие наследники», определяется только законом, является более узким по сравнению с кругом наследников, наследующих по закону на общих основаниях, и, наконец, в основание его определения положено только начало родства, а также усыновление. Законные наследники, призываемые к наследованию на общих основаниях, определяются по признаку не только кровнородственной связи, но и связей семейных, не основанных на родстве.

По праву представления к наследованию призываются дети указанных в законе наследников первой, второй и третьей очередей, умерших до открытия наследства или одновременно с наследодателем. При этом более близкие родственники наследодателя устраняют от наследования более отдаленных родственников: действует тот же принцип, что и при наследовании по закону на общих основаниях (п. 2 ст. 1141 ГК), независимо от того, призываются или не призываются к наследованию наследники на общих основаниях. В первом случае «представляющие наследники» наследуют вместе с другими наследниками соответствующей очереди, например, внуки наследодателя – вместе с пережившим супругом. Предположим, что после смерти А. остались два внука – дети сына, умершего до открытия наследства, дочь и супруга. Дочь и супруга получают по 1/3, а два внука по 1/6 наследственного имущества. Если после смерти А. остались два внука и брат наследодателя, наследуют только внуки – наследники первой очереди, а брат – наследник второй очереди – не призывается к наследованию.

В связи с этим обращает на себя внимание утверждение, согласно которому «так называемые представляющие наследники (п. 2 ст. 1142, п. 2 ст. 1143, п. 2 ст. 1144) *не являются сами по себе наследниками соответствующей очереди* (первой, второй или третьей)»[2]. В его

[2] Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М., 2002. С. 183. Кстати заметить, что тот же автор

обоснование указывается, что для призвания этих лиц к наследованию недостаточно отсутствия наследников предшествующих очередей[3]. Это правильно, поскольку наследование по праву представления – особый порядок наследования, заключающийся в призвании к наследству нисходящих определенных законных наследников, умерших до открытия наследства или одновременно с наследодателем. Но нельзя не учитывать, во-первых, что закон упоминает о «представляющих наследниках» именно в нормах ГК, определяющих законных наследников первой, второй и третьей очереди. Во-вторых, «представляющий наследник» более близкой очереди (из первых трех очередей) устраняет от наследования законных наследников более отдаленной очереди, например, при наследующем внуке брат наследодателя не наследует.

Правильное определение очередности наследования «представляющих наследников» имеет важное практическое значение, если помнить об общем правиле, согласно которому наследники последующей очереди наследуют при условии, что не призываются к наследству наследники предшествующей очереди.

3. Изучение института наследования по праву представления предполагает уяснение правовой природы этого феномена и определение статуса наследника по данному специальному основанию наследования.

В советской доктрине можно считать господствовавшим положение, что наследник по праву представления «замещает», «вступает на место» умершего его восходящего родственника.

Так, Б. С. Антимонов и К. А. Граве определяли понятие наследования по праву представления как порядок наследования, по которому одно лицо в случае смерти другого лица – наследника по закону – до открытия наследства «как бы заступает его место и приобретает право наследования той доли в наследственном имуществе, которая причиталась бы умершему, если бы он был жив»[4]. Позднее, уже на почве ГК РСФСР 1964 г., М. В. Гордон, следуя пониманию права представления как права «замещения», характеризовал сущность наследования по праву представления следующим образом: «Внуки и

(А. Л. Маковский) в другом месте комментария к ст. 1146 пишет, что право представления – это право «занять то место наследника соответствующей *очереди по закону* (курсив мой. – *Б. Х.*), которое принадлежало бы их родителю… если бы…». Там же. С. 183.

[3] Там же.

[4] *Антимонов Б. С., Граве К. А.* Советское наследственное право. М., 1955. С. 130. Так же: *Серебровский В. И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 82–83.

правнуки наследуют... вместо того родителя, который мог бы стать наследником, если бы был в живых к моменту открытия наследства»[5].

Для такой характеристики права представления нормативные установления отсутствовали. Ни в одном законодательном акте, начиная с Указа от 14 марта 1945 г., которым был введен в советское законодательство институт наследования по праву представления, не употреблялось понятие «замещение» или какое-то подобное ему. Указ предусматривал, что если кто-либо из детей наследодателя умрет до открытия наследства, его наследственная доля переходит к его детям (внукам наследодателя). Совпадающей по смыслу, но в большей степени выражавшей сущность права представления была ст. 532 ГК 1964 г., в которой указывалось, что внуки и правнуки наследуют поровну *в той доле*, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю.

Можно предположить определенное влияние суждений Г. Ф. Шершеневича на формулирование права представления в юридической литературе. «Правом представления, писал он, называется право занять место при наследовании, которое принадлежало бы восходящему в прямой линии родственнику, если бы он мог наследовать в момент открытия наследства... Право представления является законной фикцией, имеющей своей целью поставить лиц представляющих на место, в степень и в права лиц представляемых»[6]. Вместе с тем Г. Ф. Шершеневич подчеркивал, что представляющие – не правопреемники представляемого, они наследуют непосредственно тому, после которого открылось наследство. Если это так, то, по-видимому, представляющие не занимают место их восходящего родственника, а являются самостоятельными наследниками по признаваемому за ними законом праву.

Идея самостоятельности «представляющего наследника» получила наиболее яркое выражение у Д. И. Мейера: «лица, представляющие восходящего родственника, имеют самостоятельное право наследования, *ни мало не обусловливаемое способностью представляемого лица к приобретению права наследования...* (курсив мой. – *Б. Х.*) право представления не есть право наследования, принадлежащее будто бы

[5] *Гордон М. В.* Наследование по закону и по завещанию. М., 1967. С. 21; О замещении внуками своего родителя писал и П. С. Никитюк. Вместе с тем он отмечал, что они «тем не менее наследуют по самостоятельному праву» (*Никитюк П. С.* Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев., 1973. С. 77).

[6] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. СПб, 1907. С. 733.

умершему восходящему, но основывается на вымысле, будто бы сначала наследует представляемое лицо, а потом уже наследуют лица, представляющие его. Все содержание права наследования по римскому праву сводится лишь к определению наследственной доли дальнейших нисходящих родственников. Таково же существо права представления и по нашему законодательству»[7].

Наследование по праву представления – это определенный законом порядок призвания к наследованию потомков наследника, которого в день открытия наследства нет в живых и потому он не призван к наследованию.

Представляется, что и в ГК РФ отсутствуют какие-либо основания для толкования правила п. 1 ст. 1146 в том смысле, что потомки наследуют вместо умершего наследника, заступают его место, замещают его, как толкуется это понятие в комментариях[8]. Формулировка п. 1 ст. 1146 ГК РФ: «Доля наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, переходит по праву представления к его соответствующим потомкам...» – может и должна пониматься только в том смысле, что доля «представляющего наследника» определяется величиной доли умершего наследника. Иное толкование – как материальная или вещественная доля – исключается по той простой причине, что умерший наследник своей доли не получил и не мог получить, поскольку в день открытия наследства не находился в живых, а значит, и право наследования у него не возникло, с чем согласны и те, кто пишет о «замещении», «наследовании вместо», «вступлении на место» умершего наследника.

В норме п. 1 ст. 1146 ГК РФ закреплены само право представления, круг лиц, наследующих по этому специальному основанию, и способ определения их доли. Предпочтительнее было бы сформулировать соответствующую часть п. 1 ст. 1146 ГК следующим образом:

---

[7] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Изд. восьмое. СПб., 1902. С. 659–660. Название «наследование по праву представления» берет свое начало в римском праве. По Законам XII таблиц внуки наследодателя (дети ранее умершего его сына) все вместе получали ту часть наследства, которую получил бы их отец, если бы был жив – так называемое *ius repraesentationis*. Выраженная в этой формулировке сущность наследования по праву представления воспроизводится в одноименном институте в современных правопорядках (см., напр.: ст. 739–744 ФГК, § 924 ГГУ, ст. 660–661 ГК Квебека.

[8] См., напр.: *Сергеев А. П., Толстой Ю. К., Елисеев И. В.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М., 2002. С. 90; Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2002. С. 164, 166; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / Отв. ред. К. Б. Ярошенко, Н. И. Марышева. М., 2004. С. 111.

«По праву представления потомки наследника, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем (п. 2 ст. 1142, п. 2 ст. 1143, п. 2 ст. 1144 ГК), наследуют в имуществе наследодателя в доле, которую наследовал бы восходящий родственник, если был призван к наследованию». Это обосновывается тем, что наследник по праву представления наследует свою долю, а не долю «представляемого».

4. Законный наследник и его нисходящий вместе не наследуют по закону в силу действия общего принципа, в соответствии с которым более близкие родственники отстраняют от наследования более отдаленных родственников наследодателя. Наследованием по праву представления этот принцип не нарушается. Такое наследование обоснованно рассматривается как привилегия, установленная в пользу потомков наследника, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем (см. ст. 660 ГК Квебека).

Наследование по праву представления выполняет охранительную функцию в отношении определенного законом круга лиц (ч. 2 ст. 1142, ч. 2 ст. 1143, ч. 2 ст. 1144 ГК РФ) – нередко несовершеннолетних, потерявших одного из родителей. При этом не ущемляются права других наследников той же очереди, в которой наследуют «представляющие наследники»: наследование по праву представления не влечет уменьшения наследственных долей наследников по закону, как если бы «представляемый» был жив в день открытия наследства, ибо «представляющие» наследуют в той доле наследственного имущества, которая приходилась бы их умершему родителю[9].

Научный и практический интерес представляет определение правового статуса лиц, наследующих по праву представления. Эти лица призываются к наследованию как самостоятельные наследники по закону, за которыми признается самостоятельное право наследования как родственниками наследодателя по нисходящей или боковой линии. Они никого ни юридически, ни фактически не представляют, кроме самих себя, а их наследственная доля, как уже отмечалось, определяется величиной доли умершего наследника. При этом доля умершего объектом наследования не является, так как «представляющие» наследуют не в качестве правопреемников своего непосредственного восходящего родственника. Например, сын умершего отца наследует по праву представления в наследственном имуществе дедушки или бабушки. Лишь на первый взгляд может показаться, что наследование по праву представления является производным от прав

[9] См.: *Халфина Р. О.* Право наследования в СССР. М., 1951. С. 16.

умершего наследника – восходящего родственника, например отца внука наследодателя. Наследование, действительно, является способом производного приобретения прав, однако по праву представления «представляющий наследник» приобретает права не от умершего наследника, а от наследодателя, и в нашем примере его права производны от прав дедушки, а не отца.

Поскольку «представляющий» является самостоятельным наследником, то лишение его права наследования отцом или непризвание к наследованию как недостойного наследника после смерти отца не влияет на право наследования в имуществе дедушки, хотя в имуществе отца при этом он не наследует. Если он был призван к наследованию после отца, но не принял наследства, то это также никак не сказывается на его праве наследования в качестве «представляющего наследника».

Право представления, действующее только при наследовании по закону, не ограничивает приоритет наследования по завещанию (п. 2 ст. 1111 ГК) и принцип свободы завещания (ст. 1119 ГК). Завещатель не лишен права распорядиться своим имуществом по собственному усмотрению. По различным мотивам он может устранить от наследования лицо, признаваемое законом наследником по праву представления, посредством: 1) прямого указания в завещании о лишении права на наследство законного наследника, например, сына (дочери) или «представляющего наследника» (п. 1 ст. 1119, п. 2 ст. 1146 ГК), не лишая права наследования первого, либо 2) путем подназначения (субституции) наследника его родителю или ему самому (п. 2 ст. 1121 ГК).

Лишение завещателем «представляющего наследника» права наследования влечет устранение его от наследства. Что же касается подназначения наследника самому «представляющему», то таким образом можно лишить наследства только его нисходящих – правнуков завещателя. Лишение права на наследство лиц, отнесенных ко второй и третьей очереди наследников по праву представления (племянников и племянниц, двоюродных братьев и сестер наследодателя), возможно посредством подназначения наследника лишь их восходящему родственнику, так как нисходящие указанных лиц не наследуют по праву представления. Если, например, наследодателем К. подназначен брату А. другой наследник С., то после смерти А. к наследованию призывается С., а не сын (дочь) А. – племянник (племянница) наследодателя К.

5. Рассмотрим теперь те последствия, которые влечет лишение права на наследство законного наследника (п. 1 ст. 1142, п. 1 ст. 1143, п. 1 ст. 1144) для наследника «представляющего».

В уже упоминавшемся Указе от 14 марта 1945 г. никаких указаний на этот счет не содержалось. В постановлениях Пленума Верховного суда СССР от 20 июня 1947 г. № 9/4/у «О применении Указа Президиума Верховного Совета СССР «О наследовании по закону и по завещанию» и других вопросах наследования»[10] и от 10 апреля 1957 г. № 2 «О судебной практике по делам о наследовании»[11] разъяснялось, что если лишенный завещателем права наследования сын или дочь завещателя умрет до открытия наследства, то их несовершеннолетние дети (внуки завещателя) получают наследство по праву представления; совершеннолетние же дети (внуки завещателя) получают наследство при условии, если все имущество не завещано другим наследникам.

Между тем Гражданский кодекс 1964 г. не закреплял сложившуюся судебную практику по данному вопросу и вообще никаких указаний на этот счет не содержал, а поэтому легитимных оснований для устранения от наследования потомков наследника по закону, лишенного завещателем права наследования, не было.

В отличие от ГК 1964 г., в Гражданском кодексе РФ имеется прямое указание, предусматривающее, что не наследуют по праву представления потомки наследника по закону, лишенного наследодателем права наследования (п. 2 ст. 1146 ГК). Возникает вопрос об обоснованности легального лишения права наследования «представляющего наследника».

Юридически обоснованным это правило можно было бы признать, если бы (1) объектом наследования «представляющим наследником» являлось право умершего законного наследника или (2) можно было бы предположить, что воля завещателя, лишившего законного наследника права на наследство, была направлена и на устранение от наследования также его потомков. Однако объектом наследования «представляющим наследником» является имущество наследодателя, а лицо, наследующее по праву представления, относится к числу законных наследников, призываемых к наследству при опре-

[10] См.: Гражданский кодекс РСФСР. М: Госюриздат, 1954. С. 127.

[11] См.: Бюллетень Верховного суда СССР. 1957. № 2. См. также: Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда СССР от 10 января 1951 г. // Судебная практика Верховного суда СССР. 1951. № 6. С. 41.

деленных условиях, предусмотренных законом, и поэтому является самостоятельным субъектом наследственного правоотношения, наследником по собственному праву[12]. «Право на принятие наследства у наследников по праву представления, – указывает А. Л. Маковский, – относится к наследственному имуществу наследодателя, а не представляемого наследника. Равным образом, все другие права и обязанности призванных к наследованию представляющих наследников являются их *самостоятельными* (а не перешедшими к ним от представляемого наследника) *правами* и обязанностями в наследственных правоотношениях»[13].

Из текста п. 2 ст. 1146 нельзя сделать какой-либо вывод об обосновании лишения «представляющего наследника» права на наследство. Само по себе лишение такого права умершего наследника не способно объяснить, почему этот факт отрицает возможность наследования лица по праву представления, принимая во внимание его статус самостоятельного наследника, хотя и призываемого к наследству в связи со смертью родителя, но наследующего не право последнего, а имущественное право наследователя.

Обоснование принимаемых правовых норм является задачей не законодателя, а правовой науки. Однако творец закона, устанавливая определенную правовую норму, должен исходить из столь же определенных разумных целей, на обеспечение которых она направлена. В правиле п. 2 ст. 1146 едва ли возможно обнаружить такую цель, например, стимулирующего или превентивного характера. В обоснование его можно было бы выдвинуть предположение о том, что воля завещателя, лишающего законного наследника права на наследство, направлена и на устранение от наследования также его потомков. В самом тексте п. 2 ст. 1146 нет ни малейшего намека на такую презумпцию, как невозможно найти в нем, что уже отмечалось, какое-либо

[12] Здесь уместно привести слова К. П. Победоносцева о значении лишения права наследника (отсутствии у него права) при решении вопроса о призвании к наследству по праву представления: «Была бы причина, когда бы в праве представления предполагалось, что представляемый передает представителю свое право; тогда бы следовало признать, что не имеющий права сам и передать его не может; но здесь нет никакой передачи, а наследник по представлению наследует... не после представляемого, а прямо после умершего вотчинника, в свое имя и с представлением. <...> В лице лишенного наследства исключительно устраняется его личное наследственное право, но как вместе с тем не разрушаются семейственные права и отношения ни его, ни детей его, то наследственное право сих последних относительно деда остается неприкосновенным» (*Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Вторая часть. М.: Статут, 2003. С. 376–377).

[13] Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. С. 165.

иное основание. Следовательно, она могла бы быть выведена доктринально путем соответствующего толкования указанного правила. Однако, как представляется, для такой презумпции нет оснований. Обсуждаемая норма является императивной, исключающей саму возможность доказывания, что у завещателя отсутствовало намерение лишить наследства потомков умершего законного наследника, а поэтому она подлежит применению во всех случаях, охватываемых гипотезой этой нормы. Вообще доказать наличие обстоятельств, позволяющих установить намерения наследодателя устранить определенное лицо от наследования, не получивших выражения в завещании, весьма проблематично.

Введение нормы, ограничивающей право наследования, в том числе нередко несовершеннолетних детей умерших законных наследников, могло бы быть оправдано при условии, что для этого имеется разумная необходимость, которая, на мой взгляд, в данном случае отсутствует. Независимо от того, что «представляемый» наследник лишен завещателем права наследования путем указания на это в завещании, его дети *de lege ferenda* в соответствии с п. 2 ст. 1142, п. 2 ст. 1143 и п. 2 ст. 1146 должны призываться к наследованию.

Заметим, кстати, что на почве ГК 1964 г. отдельные юристы, ссылаясь на самостоятельность права граждан, наследующих по праву представления, указывали, что «...они признаются наследниками, когда их родитель был лишен завещателем права на наследование, но умер до открытия наследства»[14].

6. Другим основанием лишения потомков умершего наследника права на наследство Гражданский кодекс признает его недостойное поведение. Не наследуют по праву представления потомки наследника, который умер до открытия наследства или одновременно с наследодателем и который не имел бы права наследовать в соответствии с п. 1 ст. 1117 ГК (п. 3 ст. 1146).

Как видно, в п. 3 ст. 1146 говорится о недостойном поведении лишь *представляемого наследника*, но недостойным может быть поведение и самого лица, призываемого к наследованию по праву представления, причем как в отношении наследодателя (например, внука в отношении дедушки), так и по отношению к своему умершему отцу (умершей матери). Специальное указание в ст. 1146 о последствиях

[14] *Никитюк П. С.* Указ. соч. С. 77.

недостойного поведения этого лица в отношении наследодателя[15], пожалуй, было бы излишним, принимая во внимание правила п. 1 ст. 1117, которые и в отсутствие особого указания в ст. 1146 подлежат в этом случае применению. Против этого трудно что-либо возразить. Что же касается устранения от наследования на основании п. 3 ст. 1146 «представляющего наследника», то данное правило нельзя считать соответствующим требованиям справедливости, а также юридической обоснованности. В связи с этим практический и теоретический интерес представляет определение на основании норм ст. 1117 правовой природы предусмотренных в ней мер «воздействия» на недостойного наследника. Адекватное содержанию этой правовой категории определение ее правовой природы позволит сделать вывод об обоснованности или необоснованности правила п. 3 ст. 1146 **ГК**.

Правила ст. 1117 не являются новыми, сходные нормы содержались и в **ГК** 1964 г.; вместе с тем, по сравнению со ст. 531 последнего, расширен фактический состав недостойного поведения наследника[16], выделены две группы фактов, являющихся основаниями лишения права на наследство и устранения от наследования: в одну группу входят противоправные действия, являющиеся основаниями *признания* гражданина недостойным наследником, не имеющим в силу закона права наследовать (п. 1 ст. 1117 ГК). Другую группу образуют факты, при наличии которых суд по требованию заинтересованного лица отстраняет гражданина от наследования по закону (наследование по завещанию при этом возможно).

Согласно п. 3 ст. 1146 не наследуют по праву представления потомки наследника, который не имел бы права наследовать в соответствии с п. 1 ст. 1117, т. е. по основаниям, входящим в первую группу. Что же по своей правовой природе представляет собой лишение права наследования по ст. 1117, и, в частности, в соответствии с ее первым пунктом?

Несмотря на то, что и по Гражданскому кодексу 1964 г. предусматривалось лишение права наследования по основанию недостой-

[15] Недостойное поведение «представляющего» в отношении своего отца, характеризующееся признаками, указанными в ст. 1117, – основание лишения его права на наследство после его смерти только как наследодателя.

[16] Категория «недостойный наследник» своими корнями уходит в римское право, содержавшее очень широкий перечень поступков лица, позволявших признавать его недостойным наследником (см.: Система римского гражданского права профессора Ю. Барона. Кн. VI. СПб., 1908. С. 167–189; *Хвостов В. М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 480; *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 450.

ного поведения лица по отношению к указанным в ней лицам, вопрос о правовой природе лишения права наследования не привлекал внимания юристов (за некоторыми исключениями) и не подвергался исследованию, хотя то или иное его решение имеет важное теоретическое и практическое значение.

По мнению М. Ю. Барщевского, лишение лица права наследования на основании ч. 1 ст. 531 ГК 1964 г. являлось ограничением наследственной правоспособности, а на основании ч. 2 той же статьи – гражданско-правовой санкцией за нарушение гражданином обязанностей, установленных брачно-семейным законодательством[17].

С таким подходом к определению правовой природы непризнания права наследования по основаниям, указанным в ч. 1 ст. 531 ГК 1964 г. и во многом повторенным в п. 1 ст. 1117 ГК РФ, согласиться нельзя.

Гражданская правоспособность как способность иметь гражданские права и нести обязанности (ст. 17 ГК) есть абстрактная или общая способность обладать правами, основные из которых (наиболее значимые) названы в ст. 18 ГК, в том числе возможность наследовать и завещать имущество.

По общему правилу, ограничение гражданина в правоспособности и дееспособности не допускается. Никто не может быть ограничен в правоспособности и дееспособности иначе, как в случаях и порядке, установленных законом (п. 1 ст. 22 ГК РФ). Закона, который прямо ограничивает наследственную правоспособность гражданина, нет. Следовательно, лишь путем соответствующего толкования норм о наследовании можно было бы сделать вывод, что лишение права наследования гражданина по основанию недостойного поведения является ограничением его наследственной правоспособности.

Ограничение гражданской правоспособности вообще и наследственной правоспособности в частности означает не что иное, как лишение лица абстрактной способности иметь определенные гражданские права, в обсуждаемом случае – наследовать по определенному (конкретному) основанию – праву представления. Между тем в ст. 1117 ГК РФ, как и в ст. 531 ГК РСФСР 1964 г., речь идет о последствиях недостойного поведения определенного лица в конкретном случае по отношению к конкретному же наследодателю или потенциальным наследникам, выраженном в указанных в законе действиях. Лишение права наследования гражданина в одном случае не может и

[17] См.: *Барщевский М. Ю.* Наследственное право. М., 1996. С. 16–17.

не должно действовать в других случаях наследования этим же лицом после других наследодателей, по отношению к которым его поведение при их жизни не характеризуется как недостойное. Иными словами, лишение права наследовать в одном случае в связи с недостойным поведением нельзя признать лишением общей способности наследовать, а потому не может рассматриваться в качестве ограничения наследственной правоспособности.

Лишение гражданина права на наследство в силу закона (п. 1 ст. 1117 ГК) или на основании судебного решения (п. 2 ст. 1117 ГК) является гражданско-правовой санкцией, выражающейся в непризнании за гражданином права наследования в конкретном случае (после смерти определенного лица) за совершенные противоправные действия, предусмотренные ст. 1117 в отношении наследодателя и других лиц, указанных в ней.

Определив правовую природу лишения недостойного наследника права на наследство, обратимся к вопросу об обоснованности и справедливости правила п. 3 ст. 1146 ГК о лишении потомка права наследования за «грехи» своего родителя – наследника по закону. Лишение «представляющего наследника» права наследования вследствие недостойного поведения его восходящего родственника, совершившего правонарушение, есть не что иное, как применение санкции к лицу, которое правонарушения не совершало. Найти другое обоснование рассматриваемому правилу кажется трудным или даже невозможным. Применение данной санкции к лицу, совершившему указанные в п. 1 ст. 1117 действия, осуждаемые не только законом, но и моралью, вполне оправданно и выполняет, по крайней мере, превентивную функцию. Что же касается применения указанной санкции к наследнику по праву представления, то кроме карательной она никакую иную функцию выполнять не может. Но в таком случае неизбежно возникает вопрос об основании применения кары. Такое основание, как уже отмечалось, отсутствует.

Гражданский кодекс 1964 г. не предусматривал ограничения права наследования «представляющего наследника» по данному основанию, признавая таким образом личный характер указанной санкции[18].

[18] Отметим, что Гражданский кодекс Квебека в главе «О праве представления» не лишает права наследования потомка его восходящего родственника, который не мог бы наследовать как недостойный наследник: «Представление, – гласит ст. 660, – есть предоставленная законом привилегия, в соответствии с которой родственник призывается к наследованию того имущества, ко-

7. Нельзя обосновать лишение «представляющего» наследника права наследования (п. 2 и 3 ст. 1146) ссылкой на то, что если бы был жив «представляемый», он не наследовал бы. Как следует из формулировки п. 1 ст. 1146, по праву представления переходит *доля* умершего наследника[19], а не право, которого у него не было и не могло быть, так как он умер до открытия наследства или одновременно с наследодателем. Законодатель, как представляется, определяет величину наследуемой по праву представления доли в наследственном имуществе. Право же наследования по этому специальному основанию является самостоятельным, признаваемым за «представляющим» в качестве первичного, что следует и из ст. 1142–1144 ГК РФ, а объектом наследования является часть наследственного имущества, определяемая долей умершего восходящего родственника. В подтверждение можно отметить ряд положений закона, указывающих на независимость права «представляющего» от права его восходящего родственника: 1) наследники по праву представления независимо от возраста и трудоспособности не имеют права на обязательную долю, которая причиталась бы их родителю, если бы он был жив в день открытия наследства (ст. 1149 ГК РФ); 2) наследующие по праву представления не могут требовать предоставления им льгот и имущественных прав при разделе наследства и наследовании отдельных видов имущества (ст. 1168, 1169, 1178, п. 2 ст. 1182 ГК РФ)[20].

торое должен был получить его восходящий, наименее удаленный от наследодателя родственник, но, будучи *недостойным*, умерев ранее наследодателя или одновременно с ним, не может его получить сам». Как следует из приведенного текста, восходящий родственник как недостойный сам бы не мог наследовать, а его нисходящий родственник тем не менее призывается к наследованию. Этот вывод находит подтверждение и в ст. 661.

[19] Предпочтительной представляется формулировка, содержавшаяся в ч. 4 ст. 532 ГК РСФСР 1964 г.: «Внуки и правнуки наследодателя... наследуют в той доле, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю».

[20] Выражая сожаление по поводу правила п. 3 ст. 1146 ГК РФ, В. Н. Гаврилов считает, что если допускается наследование по праву представления, то лишено значения то обстоятельство, что у наследника были недостойные родители. «Другими словами, сын за умышленные противоправные действия отца по воле государства отвечать не должен» (*Гаврилов В. Н.* Отстранение от наследования недостойных наследников: История, перспективы и зарубежный опыт // Правоведение. 2002. № 5. С. 191). Разделяя мнение автора относительно п. 3 ст. 1146 ГК, нельзя вместе с тем согласиться с формулировкой, что лишение сына права наследования якобы представляет собой «ответственность за отца», хотя бы потому, что в данном случае едва ли можно говорить об ответственности. Прежде всего возникает вопрос о правомерности считать ответственностью непризнание права наследования недостойного наследника. Дело в том, что деяния наследника, предусмотренные в п. 1 ст. 1117, сами по себе влекут ответственность уголовную (ч. 1 п. 1 и п. 2 ст. 1117) или семейно-правовую (ч. 2 п. 1 ст. 1117). Лишение права наследования – санкция в виде непризнания права наследования, имеющая, скорее всего, морально-нравственное обоснование, и является мерой защиты интересов других наследников.

Наследник по праву представления, принявший наследство, несет ответственность только по долгам наследодателя в размере стоимости перешедшей к нему части наследственного имущества (ч. 2 п. 1 ст. 1175 ГК). В этих пределах он в соответствии с ч. 1 п. 1 ст. 1175 несет солидарную ответственность вместе с другими наследниками, принявшими наследство.

Если наследник по праву представления принял наследство, открывшееся после смерти родителя, он отвечает по его долгам также только в пределах стоимости принятого наследства и по этим долгам не отвечает имуществом, принятым в качестве наследника по праву представления.

Переход права на принятие наследства

В жизни нередко встречаются случаи, когда лицо, призванное к наследованию, умирает после открытия наследства, не успев при жизни в установленный срок выразить свою волю о его принятии или отказе от него. Возникшее у наследника право наследования, то есть право на принятие наследства или (отказ от наследства), остается неосуществленным. Это право может признаваться законом непередаваемым или способным к переходу к другим лицам в порядке правопреемства, т. е. трансмиссии. Сущность наследственной трансмиссии и состоит в том, что право наследования лица, не успевшего при жизни в установленный срок принять наследство или отказаться от наследства, переходит к его наследникам.

8. В римском праве право принять наследство рассматривалось как сугубо личное, непередаваемое право. «Если лицо, которому открылось наследство, умрет, не совершив приобретения наследства, то открывшееся наследство открывается вторично уже не его наследникам, а следующему за ним наследнику самого наследодателя»[21]. Однако постепенно стал складываться институт наследственной трансмиссии (*transmissio hereditatis*), сначала в виде исключений из общего правила о строго личном праве наследника на принятие наследства, а в юстиниановом праве уже действовало правило, согласно которому неосуществленное наследником право принятия наследства при определенных условиях считается перешедшим к его наследникам[22].

---

[21] *Хвостов В. М.* Указ соч. С. 475.

[22] См.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 475–476; *Гримм Д. Д.* Указ. соч.. С. 476–477; Римское частное право / Науч. ред. И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский. М., 1948. С. 258.

В российских законах, отмечал В. И. Синайский, «не говорится о трансмиссии, но Сенат правильно признает этот институт, выводя его из понятий о наследстве (ст. 1104) и завещании (ст. 1010), коими обнимаются имущественные права, а также право наследования. При этом Сенат признает трансмиссию только в отношении наследников *того лица*, которое переживет наследодателя и вообще будет *призвано* к наследованию»[23].

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. также не предусматривал перехода права наследования по наследству. Однако доктрина и судебная практика признавали институт наследственной трансмиссии. Так, Пленум Верховного суда СССР в постановлении от 20 июня 1947 г. № 9/4/у разъяснял, что, если наследник, призванный к наследованию, умер после открытия наследства, не успев его принять, то его право на причитающуюся ему долю в наследстве переходит к его наследникам[24]. Законодательное закрепление это положение получило в ст. 548 ГК 1964 г., в которой указывалось, что данное право переходит при наследовании как по закону, так и по завещанию, и было повторено разъяснение Пленума, что право умершего наследника может быть осуществлено его наследниками на общих основаниях.

9. Гражданский кодекс РФ, сохранив институт наследственной трансмиссии, обогатил его рядом новых положений: 1) о субъектах, наследующих в порядке трансмиссии, если все наследственное имущество было завещано; 2) о раздельности права на принятие наследства в порядке трансмиссии и наследства, открывшегося после смерти наследника; 3) о признании наследников умершего наследника принявшими наследство, если суд признает, что срок на принятие наследства пропущен по уважительным причинам; 4) об исключении из действия наследственной трансмиссии права наследника на обязательную долю в наследстве (ст. 1149).

Общими условиями наследования в порядке наследственной трансмиссии являются открытие наследства и призвание наследника к наследованию, а специальным условием – смерть призванного к наследованию после открытия наследства наследника, не успевшего при жизни в установленный срок выразить волю на принятие или отказ от наследства. Возникшее в день открытия наследства право у призванного к наследованию наследника (трансмиттента) переходит к его наследникам (трансмиссарам) по закону или по завещанию (п. 1 ст. 1156

[23] *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 587.
[24] См.: Гражданский кодекс РСФСР. Постатейные материалы. Госюриздат, 1954. С. 127.

ГК), которые могут быть призваны к наследованию. На вопрос же, когда и в каком порядке осуществляется переход этого права, в ст. 1156 ГК нет ответа.

В середине прошлого века, когда в советском законодательстве институт наследственной трансмиссии не был закреплен, но признавался судебной практикой, В. И. Серебровский указывал, что переход совершается помимо воли наследника – трансмиссара, в связи с чем не требуется, чтобы лицо, к которому переходит право наследования, знало об открытии наследства[25]. Это верно, так как переход права на принятие наследства совершается в силу закона, а потому для этого не требуется выражения воли. Достаточно, что данное лицо может быть призвано к наследству как трансмиссар. Другое дело – реализация права: для этого требуется волеизъявление на принятие наследства любым установленным законом способом (ст. 1153 ГК). После совершения акта принятия наследства право наследования трансформируется в право на наследство.

Право на принятие наследства переходит к трансмиссарам в день смерти трансмиттента и в том объеме, в котором оно возникло у умершего наследника. Призываемые к наследству в порядке трансмиссии наследуют по собственному праву, признаваемому законом, а не по праву «замещаемого ими лица»[26], «на основании права призванного наследника, причем не в силу своего отношения к наследодателю, а на основании своего отношения к призванному наследнику»[27]. Нельзя смешивать основание и способ возникновения права (первоначальный или производный) с характеристикой возникшего права как самостоятельного или несамостоятельного. Право трансмиссара в силу закона производно от права трансмиттента, от которого оно переходит к нему, но это нельзя признать основанием для отрицания характеристики его как самостоятельного, собственного права трансмиссара, которое и реализуется по его воле в установленный срок (п. 2 ст. 1156 ГК).

Наследование в порядке наследственной трансмиссии возможно как по закону, так и по завещанию. Если умерший наследник завещал все свое имущество, то после открытия наследства в качестве трансмиссаров к наследованию призываются все наследники по завещанию.

---

[25] См.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 196.

[26] *Никитюк П. С.* Указ. соч. С. 194.

[27] *Дроников В. К.* Наследственное право Украинской ССР. Киев, 1974. С. 132–133.

Доля отказавшегося от принятия наследства переходит в порядке приращения к другим наследникам по завещанию.

Если нет завещания или завещана только часть имущества, к наследованию в порядке наследственной трансмиссии призываются наследники по закону. В ст. 1156 ГК говорится лишь о случае завещания всего имущества. Вывод о наследовании законными наследниками, если завещана только часть наследства, можно обосновать следующим: 1) при наследовании по завещанию часть имущества, относительно которой завещатель не сделал распоряжений, наследуется законными наследниками; 2) право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии не входит в состав наследства, открывшегося после смерти трансмиттента (п. 1 ст. 1156), а завещательных распоряжений о нем нет. Поэтому право на принятие наследства переходит к наследникам по закону.

Указание в п. 1 ст. 1156 о переходе права на принятие наследства к наследникам по завещанию, если трансмиттентом завещано все наследственное имущество, дает, по крайней мере, повод для утверждения, что право на принятие наследства якобы признается составной частью открывшегося наследства после смерти наследника (трансмиттента), так как трудно предположить, что, завещая все свое имущество таким-то лицам, завещатель тем самым назначил их также преемниками права на принятие наследства. Однако в том же п. 1 ст. 1156 прямо указывается, что *это право не входит в состав наследства*, открывшегося после смерти наследника. С этим правилом связаны важные последствия, которые будут рассмотрены ниже.

Данное правило отсутствовало в ст. 548 ГК 1964 г. и разъяснениях Пленума Верховного суда СССР и Пленума Верховного суда РСФСР, что позволяло ученым неоднозначно определять связь права на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии и наследства, открывшегося после смерти наследника.

По мнению одних, право на принятие наследства входит в состав наследства, открывшегося после смерти наследника, является частью наследства, с которым составляет единое целое[28]. Каких-либо доводов в обоснование этой позиции не приводилось.

---

[28] В. И. Серебровский указывал, что право трансмиссара и право последнего как наследника имущества, принадлежавшего трансмиттенту, представляет собой единое целое и принимается или не принимается единым актом волеизъявления. Более того, ученый связывал переход права наследования в порядке наследственной трансмиссии с принятием наследства после смерти наследника как наследодателя (см.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 193). См. также: Гражданское право. Т. II / Под ред М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. М., 1944. С. 306; Комментарий к Гра-

Думается, что в обоснование такого решения можно было бы указать, что неосуществленное умершим наследником право на принятие наследства является имущественным правом, может переходить к другим лицам и в отсутствие в законе правил, регулирующих отношения наследования при наличии двух оснований призвания к наследству, входит в состав наследства, открывшегося после смерти наследника. В отсутствие в Кодексе 1964 г. и законодательстве, действовавшем до его принятия, норм о приобретении наследства при наличии двух оснований наследования практика «исходила из абсолютного единства наследственного имущества независимо от основания его наследования»[29] в соответствии с принципом универсальности наследственного правопреемства. Вместе с тем против этого можно было возразить, указав, что в ст. 548 ГК 1964 г. наряду с правилом, согласно которому право трансмиссаров может быть осуществлено на общих основаниях, предусматривалось и специальное правило, устанавливавшее особый срок на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии, что не могло не означать признания автономности права на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии.

Другое возражение, которое могло быть выдвинуто, состоит в том, что при наследовании в порядке наследственной трансмиссии имеют место два наследования[30] – после наследодателя и после умершего наследника – трансмиттента. В первом случае право наследования возникает у наследников по закону или (и) по завещанию, а после смерти призванного к наследованию наследника неосуществленное

жданскому кодексу РСФСР / Под ред. Е. А. Флейшиц и О. С. Иоффе. М., 1970. С. 797 (автор – *Мальцман Т. Б.*); Советское гражданское право. Т.2 / Отв. ред О. С. Иоффе, Ю. К. Толстой, Б. Б. Черепахин. Изд-во ЛГУ, 1971. С. 511 (автор главы – *Е. А. Поссе*); Советское гражданское право. Т. 2 / Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1973. С. 447 (автор главы – *В. С. Макарова*).

[29] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / Отв. ред. К. Б. Ярошенко, Н. И. Марышева. М., 2004. С. 1409 (автор – *К. Б. Ярошенко*).

[30] См.: Советское гражданское право. Ч. II / Отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1987. С. 553 (автор – *З. Г. Крылова*). – Утверждение, что при наследовании в порядке наследственной трансмиссии сперва необходимо принять наследство, открывшееся после смерти наследника, а затем осуществить перешедшее к трансмиссарам право на принятие наследства (см.: *Дроников В. К.* Наследственное право Украинской ССР. Киев, 1974. С. 133) не соответствовало действовавшему ГК УССР 1963 г. (ст. 551). Гражданские кодексы Украины и РСФСР не содержали подобных указаний о какой-либо последовательности действий трансмиссара по принятию наследства, как и о зависимости принятия наследства в порядке наследственной трансмиссии и открывшегося наследства после смерти наследника. Отсутствовали и положения относительно отказа от принятия наследства по одному из двух оснований наследования и возможности принятия наследства по другому основанию.

им в установленный срок право на принятие наследства переходит к трансмиссарам. Круг наследников, призываемых к наследованию по указанным основаниям, может не совпадать, например, когда в открывшемся наследстве после смерти наследника одна часть наследуется наследниками по завещанию, а другая – законными наследниками, а в порядке наследственной трансмиссии право на принятие наследства переходит к наследникам по закону[31].

Соображения в пользу включения права на принятие наследства в состав наследства, открывшегося после смерти трансмиттента, высказывались в период действия ГК 1964 г., что, однако, не исключало прямо противоположных суждений, согласно которым право умершего наследника на принятие наследства не входит в состав наследства, открывшегося в принадлежавшем ему имуществе, что его «нельзя смешивать с наследственным имуществом наследодателя»[32]. Эта точка зрения получила легальное закрепление в ГК РФ: право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии не входит в состав наследства, открывшегося после смерти наследника (п. 1 ст. 1156 ГК). Тезис о двух наследствах при наследовании в порядке наследственной трансмиссии, а также о двух основаниях наследования имеет теперь легальную основу не только в п. 1 ст. 1156, но и в ч. 2 п. 2 ст. 1152 ГК.

Приведенное здесь правило п. 1 ст. 1156 представляет собой конкретизацию общей нормы о правах в случаях призвания к наследованию лица одновременно по нескольким основаниям: оно может принять наследство по одному из оснований, по нескольким из них или по всем основаниям (ч. 2 п. 2 ст. 1152). В соответствии с ним трансмиссар по своему выбору может отказаться от принятия наследства в порядке наследственной трансмиссии и принять наследство, открывшееся после смерти наследника, или, наоборот, отказавшись от принятия наследства по общему основанию, принять наследство как трансмиссар, принять наследство или отказаться от наследства по обоим основаниям. Положения закона о праве выбора принять наследство по одному из оснований не противоречат принципу универсальности наследственного правопреемства, действующему в пределах наследования по одному основанию.

---

[31] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / Отв. ред. К. Б. Ярошенко, Н. И. Марышева. М., 2004. С. 169.

[32] Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Отв. ред. С.Н. Братусь, О.Н. Садиков. М., 1982. С. 651 (автор – *К. Б. Ярошенко*).

10. В соответствии с принципом свободы завещания (ст. 1119 ГК) завещатель вправе не только назначить наследниками лиц, входящих и не входящих в круг законных наследников (п. 1 ст. 1116 ГК) с соблюдением правила об обязательной доле (ст. 1149 ГК), но и подназначить наследника (субститута). В отличие от ГК 1964 г. (ст. 536), по ГК РФ подназначение наследника (субституция) возможно как наследнику по завещанию, так и наследнику по закону. Расширен и перечень обстоятельств (условий), с которыми связывается призвание к наследованию субститута.

Подназначение наследника возможно и на случай, если наследник по завещанию или закону умрет *после открытия наследства*, не успев его принять. При этом право на принятие наследства переходит к наследникам умершего наследника, в связи с чем возникает вопрос о соотношении права наследования субститута с наследованием в порядке наследственной трансмиссии. По Гражданскому кодексу 1964 г. право на принятие наследства принадлежало трансмиссарам, поскольку субститут мог быть назначен только на случай, если назначаемый наследник умрет *до открытия наследства* или не примет его (ст. 536). Поэтому не могло возникать конкуренции между субститутом и трансмиссарами, и решение просто не могло быть иным.

По ГК РФ, как уже отмечалось, субститут наследует, если наследник умрет не только до, но также и после открытия наследства. В последнем случае приоритетное право на принятие наследства в соответствии с принципами свободы завещания, приоритета наследования по завещанию и обязательности исполнения воли завещателя, не противоречащей закону, имеет субститут, а не трансмиссары.

Если после открытия наследства умер как подназначенный наследник, так и основной наследник или наследник завещателя по закону, и ни один из них не успел при жизни принять наследство, к наследованию должны призываться наследники субститута. При этом не имеет значения, кто из трансмиттентов умер раньше: поскольку приоритетное право было у субститута, то и после смерти право наследования по наследству переходит к его наследникам.

Универсальность наследственного преемства как общий принцип действует независимо от основания наследования (общего или специального). Поскольку в состав наследства входят как права, так и обязанности наследодателя, существовавшие на день открытия наследства (ст. 1112 ГК), наследники, принявшие наследство, отвечают по долгам наследодателя (ст. 1175 ГК). Не составляет исключения от-

ветственность наследников, принявших наследство в порядке наследственной трансмиссии. Так как наряду с переходом к ним права на принятие наследства они наследуют (могут быть призваны к наследованию) в открывшемся наследстве после смерти наследника, то и несут ответственность по долгам как наследодателя, так и умершего наследника.

В отсутствие в ГК 1964 г. специальных правил об ответственности по долгам наследодателя при наследовании в порядке трансмиссии и долгам умершего наследника, в советской юридической литературе высказывались различные точки зрения. Ученые, которые признавали право на принятие наследства и право на наследство, открывшееся после смерти наследника, от которого перешло это право, единым наследством, указывали, что наследники, принявшие наследство, несут ответственность в пределах стоимости этого единого наследства по долгам как наследодателя, так и умершего наследника, который не успел принять наследство[33]. Напротив, те, кто исходил из раздельности права на принятие наследства в порядке трансмиссии и наследства, открывшегося после смерти наследника, утверждали, что наследник, принявший наследство в порядке трансмиссии, несет ответственность по долгам первого наследодателя в пределах стоимости принятой в порядке наследственной трансмиссии наследственной доли[34].

В Гражданском кодексе РФ содержится специальное правило, согласно которому право на принятие наследства в порядке наследственной трансмиссии не входит в состав наследства, открывшегося по-

[33] Так, О. С. Иоффе указывал, что, в отличие от наследования по праву представления, наследственная трансмиссия «предполагает двух сменяющих один другого наследодателей, а объектом наследования является имущество второго наследодателя, причем в состав этого имущества уже вошло право наследования в отношении имущества первого наследодателя». И далее: «...Трансмиссар в пределах стоимости всего перешедшего к нему имущества отвечает по долгам и трансмиттента, и его наследодателя» (*Иоффе О. С.* Советское гражданское право (курс лекций). ЛГУ, 1965. С. 334). По мнению Ю. К. Толстого, на долю наследственного имущества, которая переходит в порядке трансмиссии, взыскание могут обратить кредиторы первоначального наследодателя, а наследство, открывшееся после смерти наследника, свободно от взыскания этих кредиторов. Кредиторы же умершего наследника могут обратить взыскание также на долю, приобретенную по трансмиссии, но только после удовлетворения требований кредиторов первоначального наследодателя (см.: Гражданское право. Учебник. Ч. 3 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 553–554). Логичнее было бы, учитывая позицию автора о едином наследстве, в состав которого входит и право трансмиссара, возлагать на наследника (наследников) ответственность в пределах стоимости единого наследства перед кредиторами наследодателя и умершего наследника.

[34] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садиков. М., 1982. С. 651 (автор – *К. Б. Ярошенко*).

сле смерти такого наследодателя (п. 1 ст. 1156). В соответствии с ним установлена раздельная ответственность наследника (наследников) перед кредиторами наследодателя и умершего наследника. Ответственность перед первыми предусмотрена п. 2 ст. 1175 ГК: наследник, принявший наследство, несет ответственность в пределах стоимости этого наследственного имущества по долгам его наследодателя. Этим имуществом он не отвечает перед кредиторами умершего наследника. По долгам последнего он отвечает на основании п. 1 ст. 1175 ГК в пределах стоимости принятого наследства солидарно с другими наследниками, принявшими наследство. В связи с раздельной ответственностью возможны случаи, когда кредиторы наследодателя получат лишь частичное удовлетворение, а требования кредиторов умершего наследника погашены полностью или наоборот, поскольку не только объем кредиторских требований при наследовании по каждому из оснований может быть различным, но и стоимость наследственных долей, приобретаемых в порядке трансмиссии и при наследовании на общих основаниях могут различаться по величине.

11. Подводя итог, можно сделать вывод, что институты наследования по праву представления и в порядке наследственной трансмиссии обладают как существенными особенностями, позволяющими их дифференцировать, так и некоторыми общими признаками, которые сближают их при сохранении автономности каждого.

К общим признакам, сближающим указанные институты, можно отнести следующие: 1) право представления и наследственная трансмиссия признаны законодателем *специальными основаниями наследования*; 2) к наследованию призываются лица, которые на общих основаниях не были бы или могли не быть призваны к наследованию. В связи с этим расширяется круг лиц, к которым переходит имущество наследодателя и ограничиваются случаи признания имущества наследодателя выморочным и перехода его в порядке наследования к государству (ст. 1151 ГК); 3) оба института функционально выполняют задачу охраны интересов лиц, нередко несовершеннолетних, потерявших одного или обоих родителей либо другого близкого человека; 4) наследственная доля лиц, призываемых к наследованию (трансмиссаров, «представляющих наследников») определяется долей умершего наследника в имуществе, принадлежащем наследодателю; 5) правовые последствия принятия наследства совпадают: «представляющие наследники» и трансмиссары отвечают по долгам наследодателей в пределах стоимости доли в принадлежавшем им имуществе.

К существенным различиям указанных институтов следует отнести различия по основанию и условиям наследования, по субъектному составу наследников, по объекту наследственного преемства.

1. По праву представления наследование осуществляется только в том случае, если имеет место наследование по закону, а в порядке наследственной трансмиссии наследственное правопреемство возможно при наследовании как по закону, так и по завещанию.

2. Условием призвания к наследованию по праву представления является смерть наследника до открытия наследства или одновременно с наследодателем, а при наследовании в порядке наследственной трансмиссии – только после открытия наследства.

3. По праву представления к наследованию могут быть призваны только нисходящие родственники наследодателя по прямой и боковой линиям, входящие в первые три очереди законных наследников. Круг лиц, имеющих право наследовать в порядке наследственной трансмиссии, более широк и включает не только родственников наследодателя, но и других наследников по закону (пережившего супруга и др.) и по завещанию.

4. При наследовании по праву представления объектом преемства является часть наследственного имущества, определяемая долей умершего восходящего родственника. В порядке наследственной трансмиссии переходит право на принятие наследственной доли умершего наследника.

5. При наследовании в порядке наследственной трансмиссии, в отличие от наследования по праву представления, имеют место два наследования, если можно так сказать, две наследственные массы, подлежащие разграничению при определении прав кредиторов наследодателей на обращение взыскания по долгам последних.

ПРАВООТНОШЕНИЕ ИЗ ЗАВЕЩАТЕЛЬНОГО ОТКАЗА И ЕГО ЭЛЕМЕНТЫ*

Институт завещательного отказа (легата) мало исследован в отечественной цивилистике, в особенности в литературе советского периода: ему посвящены немногие страницы в трудах о наследственном праве, в учебниках по гражданскому праву и в отдельных журнальных статьях. Объяснение этому найти нетрудно: в советское время завещательный отказ, да и наследование по завещанию, а значит, и составление завещаний, вне которых установление завещательного отказа невозможно, практически встречались редко, что, в свою очередь, можно объяснить незначительностью имущества, которое переходило в порядке наследования. Личная собственность граждан как основной предмет наследования по объектному составу и размерам была ограничена, и у преобладающей массы населения отсутствовал интерес в определении посмертной судьбы имущества иначе, чем она определялась нормами о наследовании по закону. Еще реже встречались на практике завещательные отказы.

В новых социально-экономических условиях ситуация кардинально меняется. Наследование по завещанию уже не является чем-то исключительным, и в дальнейшем может стать приоритетным. Следовательно, легату суждено обрести более широкую сферу использования как способа определения завещателем посмертной судьбы своего имущества.

---

* Печатается по рукописи. Опубликовано: *Хаскельберг Б. Л.* Правоотношение из завещательного отказа и его элементы // Цивилистические исследования. Вып. I [2004]: Сб. научных трудов памяти проф. И. В. Федорова / Под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2004. С. 78–110. – *Прим. ред.*

Раздел V Гражданского кодекса Российской Федерации – «Наследственное право» – содержит многочисленные новеллы, легально закрепляющие как предложения ученых о совершенствовании законодательства о наследовании, так и устоявшиеся положения нотариальной и судебной практики. Значительно полнее и более детально новый закон регулирует отношения, связанные с переходом прав, принадлежавших умершему, к его наследникам. Не составляют исключения и отношения, возникающие на основании завещательного отказа: расширен круг наследников, которых завещатель может обременять завещательным отказом; установлено, что завещательный отказ может быть единственным распоряжением в завещании; предусматривается право подназначения отказополучателя (легатария); установлен срок действия права отказополучателя, определены его природа и начальный момент исчисления; расширен круг предметов легата и др. Указанные новеллы, конечно, обогатили институт завещательного отказа, и тем не менее, он не свободен от пробелов: отсутствуют, например, нормы о порядке приобретения имущества по легату, о его недействительности и последствиях таковой и др. В связи с этим на практике возникнут определенные трудности в правоприменении. Кроме того, некоторые положения Гражданского кодекса о легате не являются бесспорными. Все это побуждает к изучению данного института, анализу норм, его образующих.

В настоящей статье рассматриваются лишь некоторые аспекты института завещательного отказа. Речь пойдет о природе правоотношения, возникающего на основании легата, и его элементах: предмете, субъектах и содержании.

I. Правоотношение из завещательного отказа: общие положения

Завещательный отказ как один из способов определения посмертной судьбы имущества физического лица неразрывно связан с наследованием и осуществим только в рамках наследственного правоотношения, независимо от основания наследования (по завещанию или по закону). В ст. 1137 ГК РФ указывается, что завещательный отказ *должен быть установлен в завещании* («должен», несомненно, относится к форме акта об установлении легата и не свидетельствует об обязанности завещателя).

Наличие указанной связи завещательного отказа с наследованием не означает, вопреки мнению отдельных юристов, что легат является особым видом наследования. Так, по мнению П. С. Никитюка, «получение имущества по завещательному отказу представляет собой особый вид наследственного преемства»[1]. Эта точка зрения, связанная с отрицанием данным автором универсального характера наследственного правопреемства, не получила поддержки в советской юридической литературе[2], в связи с чем на ее анализе можно было бы не останавливаться. Однако, поскольку подобная позиция высказана и применительно к действующему законодательству, она нуждается в более подробном рассмотрении.

Комментируя ст. 1110 ГК РФ, в которой умерший не назван наследодателем, а лица, к которым переходит имущество, – наследниками, Ю. К. Толстой указывает, что типичным примером, когда умерший не выступает наследодателем «по отношению к лицам, к которым переходит его имущество, а они, в свою очередь, не всегда являются его наследниками», является завещательный отказ[3]. Однако на той же странице он пишет: «...при завещательном отказе имущество переходит к отказополучателю (легатарию) в порядке универсального правопреемства».

Между приведенными положениями имеется несомненное противоречие. В самом деле, с одной стороны, легатарий не признается наследником (и это правильно), но, с другой, он рассматривается как универсальный правопреемник, а следовательно, как наследник, ибо универсальным правопреемником после умершего выступает именно наследник, а одним из важнейших оснований универсального правопреемства, как известно, является наследование.

Оставляя отмеченное противоречие без дальнейшего обсуждения, обратимся к аргументации, которая, по мнению Ю. К. Толстого, подтверждает статус легатария как универсального правопреемника.

---

[1] *Никитюк П. С.* Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев. 1973. С. 148. См. также с. 18–19.

[2] Различие между легатом и наследованием проводилось и в отечественном дореволюционном праве и доктрине. Так, Г. Ф. Шершеневич, критикуя кассационное решение Сената, которым легатарий признан сонаследником, указывал, что нельзя отрицать различия между наследниками и легатариями, «когда сама жизнь вводит это различие и когда сама практика, следуя ей, проводит различие между теми и другими, пользуясь даже иностранной терминологией для понятия об отказе (*Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Шестое издание. СПб. 1907. С. 776) См. также: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 607–612.

[3] *Сергеев А. П., Толстой Ю. К., Елисеев И. В.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М.: Проспект, 2002. С. 5.

В обоснование своей позиции он ссылается на то, что долги наследодателя при определенных обстоятельствах приходится погашать за счет имущества, отказанного легатарию.

Такая ситуация, действительно, возможна, но является ли это доводом в пользу признания легата основанием универсального правопреемства? Ответ может быть только отрицательным.

Во-первых, ответственность по долгам наследодателя несут *наследники*, принявшие наследство (ст. 1175 ГК РФ), а не легатарий, и ответственность эта долговая, а не легатарная[4]. Во-вторых, нельзя забывать, что легат, по существу, является «одарением» легатария и естественно, что имущественное благо как дар предоставляется свободным от долгов, а потому легат исполняется *после* погашения наследниками кредиторской задолженности наследодателя (ч. 1 п. 1 ст. 1138 ГК РФ). В связи с этим легат не обременен долгами, а легатарий не несет обязанностей по их погашению.

Не позволяет характеризовать легат в качестве основания универсального правопреемства и его легальное определение как возложение на одного или нескольких наследников *какой-либо обязанности* имущественного характера в пользу отказополучателя. Из этого однозначно следует, что праводателем по отношению к легатарию является наследник, обремененный отказом, а не умерший.

Как сингулярное, так и универсальное правопреемство – это прежде всего переход прав от праводателя к другому лицу (другим лицам). При наследовании имеет место непосредственный переход имущества от умершего (наследодателя) к другим лицам (наследникам). При завещательном отказе такого непосредственного перехода имущества от наследодателя к легатарию нет. Легатарий – кредитор, а обремененный отказом наследник – должник. Легатарий приобретает имущественное благо, принадлежащее наследнику, принявшему наследство. Следовательно, праводателем по легату выступает не умерший, а наследник, что уже само по себе исключает универсальность правопреемства.

Для определения вида правопреемства – универсальное или сингулярное – не имеет значения основание приобретения имущества праводателем. Так, например, при продаже наследником какого-либо унаследованного им объекта то обстоятельство, что продавец был наследником, а предмет продажи – частью полученного им наследства, не оказывает влияния на определение вида правопреемства. Данный

[4] См.: *Синайский В. И.* Указ. соч. С. 699.

договор продажи, как и любой другой договор купли-продажи, – основание сингулярного правопреемства. Правопреемство легатария, с точки зрения его характера, принципиально не отличается от других видов сингулярного правопреемства.

По своей правовой природе завещательный отказ – это одностороннее волеизъявление завещателя, не требующее согласования не только с отказополучателем, но и с наследником, на которого возлагается соответствующая обязанность. Содержание этого волеизъявления определяется неоднозначно: одни считают его предложением легатарию принять отказ, другие – поручением наследнику выполнить что-либо в пользу другого лица. Так, Г. Ф. Шершеневич утверждал, что завещательный отказ как завещательное распоряжение «представляет собой *предложение*, обращаемое к отказчику, вступить субъектом в указанное (из легата. – *Б. Х.*) отношение. От воли отказчика зависит, принять или не принять сделанное ему завещателем предложение»[5]. В другом месте Г. Ф. Шершеневич указывает, что, в отличие от абсолютного завещательного отказа, в случае установления относительного отказа, например, если завещатель обязал наследника уплатить отказчику 1 000 рублей, у последнего не возникает вещного права. «Между завещателем и наследником устанавливается договор в пользу третьего лица, т. е. отказчика, который приобретает право требования к наследнику»[6].

Договорная конструкция относительного или, иначе говоря, обязательственного отказа не опиралась на русское законодательство о наследовании, которое, по словам автора, «не дает определения отказа», и в котором «нет даже постановлений, касающихся условий его назначения и последствий...»[7] Она противоречит и определению завещательного отказа, данному самим Г. Ф. Шершеневичем, в котором ключевым является указание на «распоряжение» завещателя, обязывающее его наследников[8]. Договорную конструкцию завещательного

---

[5] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 773.

[6] Там же. С. 774.

[7] Там же. С. 772. Правительствующий Сенат не признавал конструкции обязательственного отказа, полагая, что лица, в пользу которых завещатель обязал наследника денежными выдачами, должны рассматриваться как соучастники в наследстве, а не как кредиторы наследника (см. там же. С. 774).

[8] Небезынтересно заметить, что, как указывает В. М. Хвостов, «это обязательство Юстиниан причисляет к числу *obligationes quasi ex contractu* – обязательств как бы из договора» (*Хвостов В. М.* Система римского права. Учебник. М.: Спарк, 1996. С. 501). Квазидоговорную природу возникновения обязательственного (дамнационного) отказа признавал и Сенат. «Для Сената , – указывал В. И. Синайский, – легат есть как бы договор завещателя с наследником в пользу

отказа невозможно обосновать и теоретически. В самом деле, о каком *договоре* между завещателем и наследником можно говорить, если наследник, обязанный исполнить завещательный отказ, до открытия наследства и ознакомления с завещанием может даже и не знать о возложении на него обязательства. Но и независимо от этого основания договорных отношений отсутствуют, поскольку обязанность совершения определенных действий возлагается на наследника не по соглашению с завещателем, а по одностороннему волеизъявлению последнего.

По мнению М. В. Гордона, завещатель дает наследнику *поручение* выполнить что-либо для другого лица, которое можно было бы назвать *завещательным поручением*[9]. Представляется, что и для такой характеристики завещательного отказа трудно найти обоснование, учитывая, что поручение – правоотношение договорное, которое прекращается смертью любой из сторон.

В. М. Хвостов давал следующее определение легата: «Легат есть такое распоряжение на случай смерти, в котором наследодатель безвозмездно предоставляет какому-либо лицу имущественную (или неимущественную) выгоду за счет оставляемого им наследства»[10]. В отношении легата, устанавливающего сингулярное преемство легатария в имуществе наследодателя[11], эту формулировку нельзя признать точной, так как создается впечатление, что наследодатель что-то предоставляет определенному лицу, минуя наследника. Между тем, как указывал сам В. М. Хвостов, между лицом, обремененным легатом, и легатарием на основании легата возникает обязательственное отношение, в силу которого легатарий получает обязательственный иск – *actio ex testamento* против лица, обремененного легатом, об исполнении последнего[12]. Следовательно, и по римскому праву такой легат служил основанием возникновения *права требования*, т. е. права обязательственного характера, которое необходимо отличать от приобретаемого легатарием, принявшим отказ, права собственности, права пользования вещью и т. п.

третьего лица (отказополучателя...). Такая конструкция противоречит нашим законам... отказ ни в какой мере не может быть договорным отношением» (*Синайский В. И.* Указ. соч. С. 609).

[9] *Гордон М. В.* Наследование по закону и по завещанию. М., 1967. С. 58.

[10] *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 493.

[11] Существовал и другой вид легата, который ставил получающее лицо «в положение универсального преемника наследодателя...» (*fideicommissum hereditatis*) (см.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 493). Сингулярные и универсальные легаты существуют и в современном законодательстве некоторых стран (см., напр., ст. 731 Гражданского кодекса Квебека, ст. ст. 1003–1017 Французского Гражданского кодекса).

[12] См.: *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 501.

Таким образом, ни одна из приведенных формулировок не отражает содержания легата достаточно точно. Представляется, что легат следует определить как *основание возникновения обязательственного правоотношения, содержанием которого является обязанность наследника, обремененного отказом, совершить определенное действие имущественного характера (передать указанную в завещании вещь, уплатить определенную денежную сумму и т. п.) в пользу легатария и право легатария требовать от наследника совершения указанного действия*. В этом правоотношении наследник выступает в качестве должника, а легатарий – кредитора.

В юридической литературе нередко встречается указание, что легат представляет собой частное преемство[13] или что «завещательный отказ является не чем иным, как сингулярным правопреемством»[14]. Такую характеристику завещательного отказа едва ли можно признать корректной, имея в виду, что легат – это одностороннее волеизъявление завещателя, составная часть завещания (односторонней сделки) или отдельное завещание, служащее основанием возникновения обязательственного правоотношения, и сам по себе вообще не является преемством – ни сингулярным, ни универсальным.

Известны и другие определения, например: «...Отказополучатель *приобретает* указанные в завещании *требования* в порядке частного (сингулярного) преемства...»[15]. Рассмотрим, насколько эта и подобные ей формулировки верны и соответствуют правовой действительности. Начнем с понятия правопреемства.

Правопреемство – это переход субъективного права или (и) обязанности от одного лица к другому в порядке производного приобретения[16]. «Характеризующим признаком такого правоприобретения, в отличие от первоначального правоприобретения, – писал Б. Б. Черепахин, – является связь между приобретенным правом или обязанностью и первоначальным правоотношением»[17], а сущность производного правоприобретения заключается в зависимости права приобретателя от права правопредшественника[18]. Отсюда следует, как справедливо указывал Б. Б. Черепахин, что приобретение правопре-

[13] См., напр.: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 772.

[14] *Дроников В. К.* Наследование по завещанию в советском праве. Киев, 1957. С. 72; *его же.* Наследственное право Украинской ССР. Киев, 1974. С. 90.

[15] *Антимонов Б. С., Граве К. А.* Советское наследственное право. М., 1955. С. 170. См. также: *Барышев А. И.* Приобретение наследства в СССР. М., 1960. С. 76.

[16] См.: *Черепахин Б. Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 6.

[17] Там же. С. 7.

[18] См. там же. С. 8.

емником права обусловлено наличием права праводателя[19]; это следует из общего правила: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50, 17, 54). – *Никто не может передать другому большего права, чем сам имеет.*

Отправляясь от этих основополагающих тезисов о сущности правопреемства, обратимся к легату, рассматриваемому многими авторами как сингулярное правопреемство или как основание сигулярного преемства в праве требования.

Следует различать обязательственное право требования легатария и право на переданный ему предмет легата, что, в свою очередь, предопределяет и различное решение вопроса о правопреемстве. Субъективное право требования отказополучателя как элемент порождаемого легатом правоотношения возникает не в порядке производного правоприобретения (правопреемства), а как *первоначальное право*, поскольку ни наследодатель, ни наследник, обремененный отказом, таким правом не обладал[20]; преемство же предполагает *переход* права праводателя к правопреемнику.

Другое дело – *право на предмет* завещательного отказа, переданный отказополучателю. Это право приобретается в порядке преемства: у обремененного отказом наследника, принявшего наследство, в составе которого находится и предмет легата, возникает соответствующее право на наследственное имущество, в том числе и на предмет завещательного отказа, подлежащий передаче и впоследствии передаваемый легатарию. Правоприобретение легатарием является здесь производным и не универсальным (не наследственным), а частичным (сингулярным) в порядке преемства. Ситуация не меняется, если наследник, обремененный отказом, обязан за счет наследственного имущества приобрести указанный в завещании предмет и передать его отказополучателю. В этом случае право сначала возникает у наследника, а затем в порядке правопреемства переходит к отказополучателю. Таким образом, праводателем по легату является наследник, принявший наследство, а потому преемство легатария есть сингулярное производное правоприобретение от наследника.

Изложенное понимание легата как основания возникновения первоначального обязательственного права требования легатария к наследнику, обремененному отказом, с одной стороны, и сингулярного

[19] См. там же. С. 18.

[20] Право легатария на отказ, писал В. И. Синайский, «есть *новое право*... оно не входит в состав наследственной массы» (*Синайский В. И.* Указ. соч. С. 610).

правопреемства между легатарием (преемником) и наследником (праводателем) – с другой, представляется соответствующим действительному положению вещей.

Объективно завещательный отказ влечет уменьшение наследственного имущества наследника, так как его исполнение производится из наследства (если наследник обязан передать какую-то вещь из наследственного имущества) или во всяком случае за счет наследственной доли. Однако целью установления легата является не уменьшение наследуемого наследником имущества, а определенное имущественное предоставление отказополучателю[21].

Основанием возникновения права из завещательного отказа является завещательное распоряжение об установлении легата и назначении отказополучателя (отказополучателей), открытие наследства, нахождение в живых отказополучателя в день открытия наследства. Правопритязание об исполнении завещательного отказа не может возникнуть ранее принятия наследства наследником, обязанным исполнить отказ. Призванный к наследованию по завещанию или закону наследник, отказавшийся от наследства, не приобретает ни прав, ни обязанностей, связанных с его принятием. Отсюда, однако, не следует, что непринятие наследником наследства влечет за собой отпадение завещательного отказа (см. об этом ниже).

Субъектами правоотношения из легата являются обремененный отказом наследник (наследники) и отказополучатель (отказополучатели). Ошибочно утверждение, что участниками правоотношения из завещательного отказа являются *наследодатель*, наследник по завещанию, доля которого обременена завещательным отказом, и отказополучатель[22]. Поскольку смертью гражданина прекращается его правоспособность (п. 2 ст. 17 ГК РФ), наследодатель не может быть субъектом не только данного, но и любого другого правоотношения[23].

---

[21] Римское право признавало легат ничтожным, если он оставлялся не ради выгоды легатария, а для ухудшения положения наследника. Если отказ преследовал цель наказать наследника – *legatum poenae nomine (causa)*, он считался ничтожным (см.: *Дождев Д. В.* Римское частное право. Учебникк для вузов. М., 1997. С. 594). Отечественному нраву подобное правило неизвестно, да оно и едва ли оправданно, хотя бы потому, что, во-первых, выявление такой неблаговидной цели завещателя весьма затруднительно, а во-вторых, у наследодателя по современному законодательству имеются и другие средства ее осуществления – лишение права наследования или определение незначительной доли в наследстве.

[22] См.: *Барщевский М. Ю.* Наследственное право. Изд-е 2-е. М., 1996. С. 77.

[23] Обратим внимание, что такие известные романисты, как В. М. Хвостов и Ю. Барон, говоря об отношении наследодателя к обязательству из легата, в то же время не называли его субъектом этого обязательства. «К каждому отказу, – отмечал В. М. Хвостов, – *причастны* (курсив мой. –

Итак, на основании легата – одностороннего распоряжения завещателя устанавливается обязательственное правоотношение между наследником, обремененным отказом (должником), и легатарием (кредитором). При этом право требования легатария возникает не в порядке правопреемства, а как *первоначальное*. Имущественное благо, полученное отказополучателем вследствие реализации этого права, представляет собой *сингулярное производное приобретение*.

II. Предмет завещательного отказа

Гражданский кодекс РФ достаточно подробно, в отличие от действовавшего ранее законодательства, определяет предмет завещательного отказа, посвящая ему абз. 2 ст. 1137, состоящий из нескольких правовых норм. В гражданских кодексах РСФСР 1922 и 1964 гг. (см. соответстенно ст. 423 и ст. 533) он был определен в самой общей форме – как какое-либо обязательство, предусма́тривающее обязанность и право требования от наследника совершения определенных действий. ГК РСФСР 1964 г. дополнял эту формулировку указанием в качестве предмета легата на право пожизненного пользования жилым домом или определенной его частью. Столь общее обозначение предмета легата, тем не менее, позволило доктрине на почве обеих кодификаций сформулировать довольно значительный примерный перечень действий имущественного характера, обязанность совершения которых в пользу легатария завещатель мог возлагать на наследника: выдача из наследства какой-либо вещи, пожизненное содержание кого-либо или предоставление части завещанного домовладения в пожизненное пользование, выплата определенной денежной суммы единовременно или периодически, приобретение какого-нибудь предмета и передача его отказополучателю в собственность[24].

Предмет легата в ГК РФ определен в более широком, но примерном перечне (п. 2 ст. 1137), причем ранее выявленные доктриной и судебной практикой разновидности предмета легата вошли в этот пе-

---

Б. Х.) три лица: a) наследодатель; b) лицо, в пользу которого сделан отказ; c) лицо, на которое возложена обязанность исполнить отказ» (*Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 493). Примерно так же о субъектах отказа писал Ю. Барон: «Три лица предполагаются при назначении отказа...», – и далее называл тех же субъектов, которых упоминал В. М. Хвостов (*Барон Ю.* Система римского гражданского права. Вып. четвертый. Кн. V. Семейственное право. Кн. VI. Наследственное право. СПб. 1908. С. 189).

[24] См.: *Серебровский В. И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 133–134; *Антимонов Б. С., Граве К. А.* Указ. соч. С. 172; *Гордон М. В.* Указ. соч. С. 59.

речень с уточнениями в соответствии с действующим законодательством РФ. Однако прежде чем перейти к рассмотрению правил ГК о предмете легата, следует сделать несколько общих замечаний.

Поскольку перечень п. 2 ст. 1137 ГК не является исчерпывающим, завещатель вправе возложить на наследника исполнение в пользу легатария любой обязанности имущественного характера. «Границей для отказа (т. е. легата. – *Б.Х.*), – писал Барон, – являются законы природы, государства и добрых нравов»[25]. Представляется, что эти ограничения предмета отказа не утратили значения и в современных условиях: действия, предусматриваемые легатом, должны на день открытия наследства быть исполнимыми, законными и не противоречить нормам нравственности.

Завещательный отказ должен быть точно обозначен, конкретизирован настолько, чтобы наследнику не оставался выбор, скажем, из двух разнородных действий, кроме случаев, прямо указанных в завещании. Вне пределов завещательного распоряжения наследник при исполнении легата лишен собственного усмотрения.

Завещательный отказ, по прямому указанию закона (п. 1 ст. 1137 ГК), исполняется *за счет наследства*. Из этого следует, что легат не должен превышать стоимости наследства, включая случаи, когда его предметом наряду с объектами, входящими в состав наследства, предусматривается обязанность приобретения какой-либо вещи для передачи в собственность легатарию, или предоставления средств на его содержание. Это легальное ограничение свободы наследодателя при установлении завещательного отказа.

Однако нельзя исключить, по крайней мере теоретически, случаи, когда завещательный отказ охватывает всю наследственную массу, а завещание содержит лишь распоряжение о возложении на наследников по закону обязанности передать какой-либо предмет, которым и ограничивается состав наследства, например, передать легатарию в собственность квартиру, кроме которой в наследственной массе нет иного имущества, т. е., иными словами, когда все наследство обременяется завещательным отказом. Более реальным и наглядным представляется пример, когда на наследника по завещанию возлагается обязанность передачи легатарию определенной денежной суммы, равной стоимости его наследственной доли.

В обоих случаях у наследника отсутствует какой-либо имущественный интерес в принятии наследства, поскольку он, исполнив заве-

[25] *Барон Ю.* Указ. соч. С. 194.

щательное распоряжение о легате, ничего не приобретает. Если все же, побуждаемые доброй памятью о наследодателе, наследники, желая исполнить его последнюю волю, принимают наследство, затруднений, само собою разумеется, не возникает. Проблема возникает тогда, когда все наследники отказались от наследства, особенно в случае, когда легат охватывает все наследственное имущество.

При отказе всех наследников от принятия наследства имущество в соответствии со ст. 1151 ГК РФ считается *выморочным* и переходит в порядке наследования по закону в собственность Российской Федерации, а отказ от наследования выморочного имущества не допускается (п. 1 ст. 1157 ГК РФ). Обязана ли в таком случае Российская Федерация исполнять завещательный отказ?

По общему правилу, в случае отказа от наследства наследника, доля которого обременена завещательным отказом в полном объеме ее стоимости (а также в случае непринятия им наследства), эта доля переходит к другим наследникам, которые обязаны исполнить завещательный отказ (ст. 1140 ГК РФ). Однако если легатом обременена *вся* наследственная масса, а наследники не приняли наследство, вследствие чего имущество умершего переходит в порядке наследования в собственность Российской Федерации, завещательный отказ *de lege lata* следует считать отпавшим. В данном случае правила ст. 1140 ГК неприменимы, поскольку отсутствует указанное в ней условие – *переход* доли отказавшегося наследника к другим наследникам.

Выморочность имущества – специфическое основание наследования, особым является и субъект наследственного преемства – исключительно Российская Федерация, который не вправе отказаться от наследования. Возложение на него обязанности по исполнению завещательного отказа в обсуждаемой ситуации было бы возможно лишь при наличии указаний об этом в законе. Практика применения норм раздела пятого ГК РФ покажет, насколько целесообразно включение в него такого правила.

Изложенная ситуация, при которой все наследство обременено легатом, в существенно изменившихся в России социально-экономических условиях не является надуманной. Поэтому законодатель должен позаботиться о решении возникающей при этом проблемы. Возможно, имеет смысл подумать об установлении минимальной доли наследства, которая не может быть обременена завещательным отказом. Подобные ограничения действовали уже в римском праве. Так, закон Фальцидия (*lex Falcidia*) предусматривал, что завещатель

должен оставить наследнику одну четвертую часть наследства (*quarta Falcidia*) и наследника нельзя обязать выдавать в качестве легата более наследства[26].

Обратимся теперь к рассмотрению предметов легата в принятой в п. 2 ст. 1137 ГК РФ последовательности.

1. Наследодатель может возложить на наследника обязанность передачи отказополучателю определенной вещи из состава наследства в собственность, во владение на ином вещном праве или в пользование. Независимо от того, что вещь, находящаяся в составе наследства, является индивидуально-определенной, у легатария возникает лишь *право требования*, поскольку ГК РФ не предусматривает так называемого *вещного* завещательного отказа. Из положений ст. ст. 1137, 1138 ГК РФ вытекает, что легатарий приобретает право собственности с момента *передачи ему вещи* наследником. Напротив, по вещному легату отказополучатель становился бы собственником с момента *принятия наследником наследства*[27].

Предметом завещательного отказа может быть вещь, находящаяся у другого лица, например, по договору аренды или залога. В соответствии со ст. ст. 617 и 353 ГК РФ права арендатора, а также залогодержателя в силу принципа права следования сохраняются. Договор аренды сохраняет свое действие в течение всего срока, на который он заключен. Право арендатора на последующее заключение договора на новый срок с новым собственником вещи определяется правилами ст. 621 ГК о преимущественном праве арендатора на заключение договора аренды на новый срок.

Что касается предмета легата, находящегося в залоге, то следует отметить, что правило абз. 1 п. 2 ст. 346 ГК РФ о праве залогодателя отчуждать предмет залога, передавать его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу или иным образом распорядиться им только с согласия залогодержателя, как представляется, не должно распространяться на завещательные распоряжения об установлении легата в силу того, что норма п. 2 ст. 1137 ГК РФ, являясь *lex specialis* по

[26] См.: Gai. 2, 227; Paul. *lib. sing. ad leg. Falcid.*, D. 35, 2, 1 pr.

[27] Вещный завещательный отказ в римском праве (*legatum per vindicationem*) – такой вид отказа, по которому легатарий приобретал право собственности на предмет отказа чаще всего в момент принятия наследства наследником (см.: *Пухан И., Поленак-Акимовска М.* Римское право: Учебник для вузов. М.: Зерцало, 2000. С. 328). «Право собственности переходило непосредственно от наследодателя к отказополучателю (легатарию), который может немедленно предъявить *rei vindicatio* против любого владельца» (*Бартошек М.* Римское право: Понятия. Термины. Определения. М.: Юрид. лит., 1989. С. 200).

отношению к абз. 1 п. 2 ст. 346 ГК РФ, не содержит каких-либо ограничений, устанавливая, что предметом легата может быть обязанность передачи легатарию вещи в собственность. Позиция легатария в залоговом правоотношении выражается в том, что он вступает на место наследника-залогодателя, который становится таковым, приняв наследство. Должник и кредитор по обязательству, обеспеченному залогом, сохраняют свой статус (п. 1 ст. 353 ГК РФ).

2. Завещательным отказом может быть предусмотрена обязанность наследника приобрести и передать в собственность легатарию вещь, определенную родовыми признаками, например, компьютер для племянника. Но если, скажем, легат устанавливает обязанность приобрести для передачи легатарию определенную картину указанного художника, имеющегося у гражданина *X*, предмет отказа определен индивидуально и у наследника отсутствует право выбора. Природа требования легатария и в этом случае остается обязательственно-правовой.

3. Предметом завещательного отказа может быть возложение на наследника, к которому переходит жилой дом, квартира или иное жилое помещение, обязанности предоставить другому лицу право пожизненного или срочного (на определенный срок) пользования этим помещением или его определенной частью[28]. Право пожизненного пользования жилым помещением – это ограниченное вещное право, обладающее всеми признаками вещных прав: оно связано с вещью, противостоит неограниченному кругу пассивно обязанных лиц, имеет абсолютную защиту и, наконец, «следует» за вещью. На то, что право легатария «следует» за вещью, имеется прямое указание в законе: при последующем переходе права собственности на имущество, входящее в состав наследства, к другому лицу право пользования этим имуществом по завещательному отказу сохраняет силу (ч. 3 п. 2 ст. 1137 ГК РФ).

Исходя из смысла легата, предусматривающего, по существу, «одарение» отказополучателя, пользование жилым помещением наследника (предмет легата) является *безвозмездным*. Все связанные с этим расходы несет наследник. Право пожизненного пользования

[28] Подобный легат предусматривал и ГК РСФСР 1964 г. в ч. 2 ст. 538, согласно которой наследника можно было обязать предоставить легатарию *пожизненное* пользование унаследованным *жилым домом*, или частью его. Ранее в постановлении Пленума Верховного Суда РСФСР № 7 от 15 апреля 1929 г. указывалось, что завещатель может возложить на наследника обязанность предоставить отказополучателю пожизненное пользование завещанным домовладением (цит. по: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 134).

прекращается со смертью легатария, а срочное – по истечении установленного срока.

В советской юридической литературе высказывалось мнение, согласно которому завещательный отказ о предоставлении легатарию пожизненного пользования домом или его частью является вещным легатом. «Наиболее распространенным случаем *вещного завещательного отказа* (курсив мой. – *Б. Х.*), – писал П. С. Никитюк, – является... возложение на наследника, к которому по завещанию переходит жилой дом, обязательства предоставить другому лицу пожизненное пользование этим домом или определенной его частью»[29].

Ни ГК РСФСР 1964 г. ни ГК РФ не дают оснований для конструирования вещного легата. Любой завещательный отказ, в том числе предусматривающий предоставление легатарию права пользования жилым помещением, порождает обязательство между наследником, обремененным отказом, и легатарием (ч. 2 ст. 538 ГК 1964 г. предусматривала право завещателя возложить на наследника *обязательство*; более четкой является формулировка п. 3 ст. 1137 ГК РФ о применении к отношениям между легатарием (кредитором) и наследником (должником), в качестве общего правила, положений ГК об обязательствах). Право на предмет отказа предоставляется легатарию *не непосредственно*, а лишь в виде обязательства, возлагаемого завещателем на наследника.

Ограниченное вещное право пользования жилым помещением не ограничивает права распоряжения наследника-собственника, который, однако, при отчуждении объекта, обремененного правом пользования легатария, обязан уведомлять контрагента об этом под страхом наступления последствий, указанных в ст. 460 ГК РФ.

4. Предметом завещательного отказа может быть определенное имущественное *право*, принадлежащее наследодателю на день открытия наследства. Имеются в виду только *передаваемые* имущественные права, в том числе в порядке наследования. Именно подобные права – потенциальные составляющие наследства и в принципе передаваемы по завещательному отказу. Исключения из этого положения могут быть предусмотрены законом.

Так, согласно п. 1 ст. 1183 ГК РФ право на получение подлежавших выплате наследодателю сумм заработной платы и приравненных к ней платежей, а также иных денежных сумм, предоставленных

[29] *Никитюк П. С.* Указ. соч. С. 150.

гражданину в качестве средств к существованию, переходит к лицам, указанным в приводимом в данной статье перечене, по общему правилу, не в порядке наследования. Даже в том случае, когда эти лица призываются к наследованию, обозначенные денежные суммы не входят в состав наследства и потому не являются предметом легата. Только в случае отсутствия таких лиц или непредъявления ими в установленный четырехмесячный срок со дня открытия наследства требований о выплате, указанные суммы включаются в состав наследства, наследуются на общих основаниях и могут быть предметом завещательного отказа.

Предоставление имущественного права не порождает *непосредственно* правоотношения между легатарием и должником наследодателя, легатарий не приобретает статуса кредитора должника. Правовая связь с должником возникает у наследника, принявшего наследство. Исполнение распоряжения завещателя о легате может и должно состоять в передаче легатарию права требования к должнику наследодателя в порядке *цессии* (см. § 1 гл. 24 ГК РФ). Наследник не несет ответственность перед легатарием ни за недействительность переданного права требования (в отличие от общего правила ст. 390 ГК РФ), ни за неисполнение этого требования должником.

К объектам наследственного преемства относятся в том числе имущественные права наследодателя, связанные с его участием в хозяйственных товариществах и обществах, а также в производственных кооперативах, которые также могут быть предметом легата. Общие положения о наследовании этих прав установлены в ст. 1176 ГК и более подробно – в законах об указанных организациях и в их учредительных документах. Если предметом легата является подобное имущественное право, у отказополучателя не возникает право требования непосредственно к соответствующей организации. Такое право требования в соответствии со ст. 1176 ГК и законами об этих организациях, их учредительными документами возникает у наследника (наследников), который после оформления права и определения организацией размера требования в денежной или вещественной форме должен как обязанный по легату уступить это требование легатарию в порядке цессии. На эти отношения по уступке требования распространяются соответствующие нормы § 1 гл. 24 ГК РФ «Переход прав кредитора к другому лицу».

Итак, имущественное право требования предоставляется легатарию не непосредственно, а через установление обязанности наследника как *элемента легатарного обязательства*.

Если завещательным отказом на наследника возложена обязанность передачи легатарию части акций или всех акций, включенных в состав наследства, наследник обязан совершить действия, необходимые для внесения изменений в реестр акционеров.

5. Наследодатель может возложить на наследника обязанности выполнения для легатария определенной работы или оказания ему определенной услуги. Как и в других случаях, подобный легат должен быть конкретизирован, не оставляя наследнику выбора.

По такого рода легатам может возникнуть вопрос об исполнителе работы или услуги: обязан ли наследник лично совершить определенные действия, или допустимо возложение соответствующей обязанности на другое лицо на возмездных условиях за счет наследства путем заключения между наследником и исполнителем договора в пользу третьего лица – легатария?

В отсутствие об этом прямых указаний в законе, пожалуй, предпочтительнее признать правильным второй вариант. Более того, думается, что если бы завещатель возложил на наследника обязательство *лично* выполнить работу (например, написать портрет легатария) или оказать услугу (например, обучить племянника завещателя игре на скрипке), то независимо от профессиональных способностей наследника исполнить распоряжение легатария у наследника возникает только моральная, но не юридическая обязанность выполнения соответствующих работ или оказания услуг, ибо завещательный отказ должен исполняться *за счет наследственного имущества*, а не личными усилиями наследника.

В приведенных примерах наследник, исполняя завещательный отказ, обязан заключить договоры с соответствующими специалистами о выполнении указанной в завещании работы или об оказании услуги и за счет наследства (наследственной доли наследника) произвести оплату выполненной работы или оказанной услуги. Желательно, чтобы в связи с этим было сформулировано разъяснение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ по вопросам применения пятого раздела Гражданского кодекса РФ, которое, можно надеяться, в скором времени будет принято.

6. Как известно, предметом *дарения* может быть освобождение одаряемого от имущественной обязанности перед дарителем (п. 1

ст. 572 ГК РФ). Поскольку, как уже неоднократно отмечалось, наследодатель посредством установления легата, по существу, «одаряет» легатария, возникает вопрос, может ли прощение долга легатария перед наследодателем быть предметом легата? Этот вопрос возникает по двум причинам: во-первых, в п. 2 ст. 1137 ГК РФ прощение долга не названо предметом отказа, а во-вторых, никем не оспаривается правовая природа легата как односторонней сделки, между тем как правовая природа прощения долга вот уже в течение более двух веков в русской цивилистике определяется неоднозначно: одни признают его договорный, другие же – односторонний характер[30].

Поскольку перечень п. 2 ст. 1137 ГК РФ является не исчерпывающим, а примерным, то отсутствие в нем указания на прощение долга никак нельзя признать основанием для исключения последнего из числа возможных предметов легата.

Что касается правовой природы прощения долга, то, не вступая в полемику по этому вопросу, следует отметить, что определение ее практически не имеет значения для признания освобождения от обязанности предметом завещательного отказа, ибо легатарий вправе как принять легат, так и отказаться от его принятия. Это означает, что помимо его воли освобождение от обязанности произойти не может, и легатарий не лишен права даже вопреки воле завещателя исполнить свои обязанности наследникам.

Предусматривая прощение долга в качестве одного из оснований прекращения обязательства, ГК РФ по вполне понятным причинам устанавливает ограничение использования этого основания прекращения обязательств, допуская его только в тех случаях, когда это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора. Указанное ограничение не действует, когда прощение долга является предметом легата по той простой причине, что завещательный отказ исполняется в пределах стоимости перешедшего к обязанному исполнить легат лицу наследства за вычетом приходящихся на него долгов завещателя (п. 1 ст. 1138 ГК РФ), а потому не может ущемить прав кредиторов наследодателя.

Против признания прощения долга предметом легата может быть выдвинуто следующее возражение. Как уже отмечалось, легат

[30] См.: *Шилохвост О. Ю.* О прекращении обязательств прощением долга // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика. Сборник памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 353-372; *Крашенинников Е.* О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С. 76–81.

является основанием возникновения обязательственного правоотношения (п. 1 и 3 ст. 1137 ГК РФ). Освобождение легатария от долга завещателю как будто бы не порождает обязательства. Однако на самом деле смысл подобного завещательного отказа состоит в том, что легатарий вправе требовать от наследника освобождения от долга, а наследник обязан выполнить это требование, принимая во внимание, что долг легатария включается в состав наследства. Завещательный отказ о сложении долга, освобождении от обязанности может быть сформулирован и без указания конкретного наследника. В этом случае освободить легатария от обязанности должен тот, в состав чьей наследственной доли входит соответствующее право требования. Указанный наследник, на которого возложена обязанность прощения долга, должен заключить с легатарием соответствующее соглашение.

III. Наследник, обязанный по завещательному отказу

Как уже отмечалось, в ГК РФ расширены права завещателя при установлении завещательного отказа, в частности, расширен круг наследников, на которых завещатель может возлагать обязанность исполнить отказ: теперь такая обязанность может быть возложена не только на наследников по завещанию, но и на наследников по закону[31], а также одновременно на тех и других. Логическим продолжением этого положения является правило ч. 3 п. 1 ст. 1137 ГК РФ, предусматривающее, что содержание завещания может исчерпываться одним лишь распоряжением об установлении отказа, когда исполнение отказа возлагается на наследника по закону. В таком случае к наследованию призываются законные наследники, которые, приняв наследство, обязаны исполнить легат. В отличие от Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., признававшего назначение наследника или устранение завещателем законных наследников от наследования обязательным элементом содержания завещания и условием его юридической силы, новый закон не устанавливает подобного ограничения права завещателя.

Обязанность исполнения завещательного отказа может быть возложена на законного наследника не только тогда, когда не назна-

[31] Соответствующее предложение полвека назад высказывал В. И. Серебровский (указ. соч. С. 136).

чен наследник по завещанию, но и при завещании последнему части наследственного имущества, оставшаяся часть которого наследуется законными наследниками. Во всяком случае, такой вариант законом не исключается.

Обязанность по завещательному отказу может быть возложена не на одного, а на двух или более наследников. В таком случае отказ обременяет право каждого из них на наследство (п. 2 ст. 1138 ГК РФ), и возникает *обязательство со множественностью лиц на стороне должника*. Если завещанием не определен порядок исполнения легата, наследники обязаны исполнить завещательный отказ пропорционально своим наследственным долям в силу общего правила ст. 321 ГК РФ при условии, что предмет легата делим, или солидарно, – в случае его неделимости. Так же решается вопрос о долевом или солидарном характере обязательства, если отказ установлен в пользу двух или более легатариев, т. е. при возникновении обязательства со множественностью лиц на стороне *кредитора*.

Традиционно отечественное право, как и западное законодательство, предусматривает возможность подназначения наследника к назначенному завещателем наследнику, если последний не приобретет наследства. Гражданский кодекс РФ признает за завещателем право назначать субститута не только к назначенному в завещании наследнику, но и к наследнику завещателя по закону (п. 2 ст. 1121). Принявший наследство субститут обязан исполнить завещательный отказ, возложенный на наследника, на место которого он вступил. Это положение не только вытекает из сущности подназначения наследника, но и прямо закреплено в ст. 1140 ГК РФ, устанавливающей, что наследники, к которым переходит доля наследника, обремененного завещательным отказом, обязаны исполнить отказ, если из завещания или закона не следует иное. В разделе V ГК РФ «иное» не предусмотрено, а установление «иного» в завещании, разумеется, не исключено, хотя практически трудно себе представить обстоятельства, побуждающие завещателя исключить указанную обязанность наследников, поскольку мотивом установления легата является заинтересованность завещателя в том, чтобы «одарить» отказополучателя, а получит ли он «дар» от обремененного по завещанию наследника или от других наследников, к которым перейдет его доля в наследстве, не имеет значения.

Переход доли наследника к другим наследникам завещателя предполагает, что у наследника возникло право наследования, ибо

возможен переход только возникшего и существующего права, не реализованного субъектом, которому оно принадлежало. Поэтому статьей 1140 ГК РФ (об обязанности исполнить отказ наследниками, если к ним перешла доля наследства, причитавшаяся наследнику, обремененному легатом) не охватываются случаи, когда наследник, указанный в завещании в качестве обязанного по легату лица, умер до открытия наследства, т. е. ранее завещателя. Поскольку к наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства (ч. 1 п. 1 ст. 1116 ГК РФ), у потенциального наследника право наследования не возникает, если он умер до открытия наследства, и, следовательно, говорить о *переходе* его доли к другим наследникам не приходится. Таким образом, при указанных обстоятельствах обязанность исполнения завещательного отказа ни у кого не возникает.

Между тем ГК РСФСР 1964 г. устанавливал правило именно о *переходе* обязанности исполнения завещательного отказа на других наследников в случае смерти лица, на которое было возложено исполнение завещательного отказа, до открытия наследства либо непринятия им наследства (абз. 5 ст. 538)[32]. В части, касающейся «перехода» обязанности в случае смерти наследника до открытия наследства, данное правило по указанным выше соображениям нельзя признать корректным[33]. Вместе с тем *de lege ferenda* представляется желательным установление правила, аналогичного содержавшемуся в абз. 5 ст. 538 ГК 1964 г., однако без указания на *переход* обязанности. Принятие этого предложения обеспечивало бы осуществление воли завещателя «одарить» определенное лицо.

В ГК РФ нет указаний о том, обязаны ли исполнять обязательство, возложенное на наследника, умершего до открытия наследства, наследники по праву представления (ст. 1146). Между тем решение этого вопроса приобретает важное практическое значение в связи с расширением по сравнению с ГК 1964 г. круга лиц, наследующих по праву представления, а также обстоятельств-оснований наследования

[32] Законодательное установление такого правила в свое время предлагала Е. А. Флейшиц. Правда, в ее предложении не содержалось указания о «переходе» обязательства умершего до открытия наследства наследника, обремененного отказом, на других наследников (*Флейшиц Е. А.* Завещание и легат в советском гражданском праве // Учен. зап. ВИЮН. Вып. VI. М., 1947. С. 95).

[33] Стремясь его обосновать, П. С. Никитюк указывал, что по смыслу этого правила применяется «фикция дожития» наследника, обремененного отказом, до открытия наследства (*Никитюк П. С.* Указ. соч. С. 149).

в этом порядке (не только смерть наследника *до* открытия наследства, но также *одновременно* с наследодателем).

В ст. 1146 ГК РФ определены понятие наследования по праву представления, а также круг наследников, призываемых к наследованию в этом порядке. Определение в п. 1 этой статьи сущности наследования по праву представления, согласно которому доля наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, переходит по праву представления к его соответствующим потомкам, строго говоря, нельзя признать точным. Опять-таки речь идет о *переходе* доли потенциального наследника, умершего до открытия наследства, хотя у него, очевидно, не было доли, которая могла бы «перейти» к другим лицам.

В отечественной цивилистике имеются весьма точные определения права представления при наследовании, кратко и емко определяющие его содержание. Право представления, писал, например, Г. Ф. Шершеневич, ставит «лиц представляющих на место, в степень и в права лиц представленных»[34].

Лица, наследующие по праву представления, являются самостоятельными наследниками, призываемыми к наследованию в особом порядке, установленном законом. Они наследуют ту долю, которая причиталась бы умершему при открытии наследства наследнику, но не в порядке преемства права. Следовательно, строго говоря, нельзя утверждать, что к ним *переходит* доля умершего наследника. Думается, что и ст. 1140 ГК РФ не может служить основанием для положительного решения данного вопроса, т. к. в ней говорится о переходе доли наследства, *причитавшейся наследнику*, на которого была возложена обязанность исполнения отказа, между тем как лицо, умершее до открытия наследства, не стало наследником, которому *причиталась* бы доля наследства.

Итак, обязанность исполнить завещательный отказ возникает у наследника, находящегося в живых в день открытия наследства. В случае смерти наследника, обремененного легатом, до открытия наследства и отсутствия субститута, обязанность исполнения легата у других наследников, в том числе у наследников по праву представления, не возникает. Вместе с тем, *de lege ferenda*, воле завещателя соответствовало бы правило, предусматривающее обязанность наследни-

[34] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. М., 1912. С. 733.

ков, в том числе наследующих по праву представления, принявших наследство, исполнить завещательный отказ.

Обязанность исполнения завещательного отказа может быть возложена на лицо, имеющее право на обязательную долю в наследстве (ст. 1149 ГК РФ). Определяя в исчерпывающем перечне круг лиц, за которыми признается такое право, устанавливая размер доли, закон гарантирует минимальную часть наследства, которой эти лица не могут быть лишены, и которая не может быть ни уменьшена (за исключением случаев, указанных в п. 4 ст. 1149 ГК РФ), ни обременена завещательным отказом. Но в части, превышающей обязательную долю в наследстве, необходимый наследник обязан исполнить легат. Если же окажется, что вследствие исполнения завещательного распоряжения о легате наследственная доля оказалась бы менее обязательной доли, необходимый наследник имеет право на соответствующий иск к легатарию.

Нельзя не отметить, что, в отличие от ГК РСФСР 1964 г., содержавшего соответствующее правило об исполнении завещательного отказа необходимым наследником (абз. 4 ст. 538), в ГК РФ, к сожалению, аналгичная норма отсутствует (см. ст. 1137 и 1149).

IV. Отказополучатель

Отказополучателями могут быть назначены физические и юридические лица, государственные и муниципальные образования, а также Российская Федерация. В Гражданском кодексе нет каких-либо указаний на этот счет, но отсутствуют и какие-либо запреты или ограничения. Вывод о возможности назначения указанных субъектов легатариями соответствует принципу свободы завещания, предполагающему право включать в завещание помимо распоряжений, касающихся определения наследников, также иные распоряжения, предусмотренные Гражданским кодексом РФ (ст. 1119). Отказополучателями можно назначать наследников как по завещанию, так и по закону, одновременно тех и других, а равно лиц, не являющихся наследниками ни по закону, ни по завещанию[35]. В связи с этим интерес представляет

[35] По ГК РСФСР 1922 г. наследниками по завещанию можно было назначать законных наследников, а при отсутствии таковых – любых граждан, а также государственные органы и общественные организации (ст. 422). В соответствии с этим правилом и завещательный отказ можно было установить в пользу одного или нескольких наследников по закону, а в пользу других субъектов – если наследниками по завещанию назначены лица, не являющиеся законными наследниками. ГК РСФСР 1964 г., расширив свободу наследодателя назначать наследниками по

следующий вопрос: в чем смысл, каковы возможные мотивы назначения одного и того же лица и наследником по завещанию, и отказополучателем (разумеется, при несовпадении предмета легата и завещанного имущества), которое законом хотя и не предусмотрено, но не исключается, а следовательно, возможно? Можно поставить и более общий вопрос – о необходимости и целесообразности института завещательного отказа в условиях легально закрепленной широкой завещательной свободы наследодателя.

Устанавливая легат в пользу определенного лица, завещатель может руководствоваться самыми различными соображениями. Назовем лишь некоторые мотивы в пользу данного института вообще и отдельных случаев установления легата в частности, не претендуя не только на исчерпывающий, но и на относительно полный их перечень.

Прежде всего хотелось бы отметить, что без завещательного отказа достижение некоторых целей завещателя оказывается невозможным[36] и не может быть обеспечено путем назначения наследника по завещанию, например, когда завещатель желает предоставить кому-либо право пожизненного или срочного пользования имуществом при одновременной передаче этого имущества в собственность другого лица. Так, в ст. 1137 ГК, как, впрочем, и в ст. 538 ГК РСФСР 1964 г., установлено, что если к наследнику переходит квартира или иное жилое помещение, завещатель может возложить на наследника обязательство предоставить другому лицу пожизненное или на определенный срок право пользования этим помещением или какой-то его частью. Другой пример: на наследника может быть возложена обязанность приобрести какую-либо конкретную вещь, которой нет в составе наследственного имущества, и передать ее легатарию. Если предметом завещательного отказа является прощение долга, или, иначе говоря, освобождение должника от обязательства[37], осуществление завещателем такого рода намерения невозможно путем назначения должника наследником, но вполне обеспечивается назначением должника отка-

завещанию не только законных наследников (ст. ст. 534, 535), отказался и от ограничения круга отказополучателей, признав право завещателя устанавливать легат в пользу одного или нескольких лиц независимо от их статуса законных наследников.

Вопреки мнению отдельных юристов (см., напр.: *Дроников В. К.* Наследственное право Украинской ССР. Киев, 1974. С. 91), ч. 1 ст. 538 ГК 1964 г. нельзя было даже предположительно толковать в том смысле, что допускалось установление завещательного отказа только в пользу лиц, не назначенных наследниками по завещанию.

[36] См.: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право: Курс лекций. Ч. III. Л., 1965. С. 319.

[37] В ст. 1137 ГК РФ в числе предметов завещательного отказа прощение долга не названо, однако приведенный в этой статье перечень не является исчерпывающим.

зополучателем. То же самое можно сказать, если предметом отказа является выполнение определенной работы или оказание услуги.

Могут быть названы и соображения другого рода, побуждающие завещателя установить легат. Устанавливая отказ в пользу определенного лица, не являющегося законным наследником и не назначаемого наследником по завещанию, наследодатель желает не только «одарить» легатария определенным имущественным благом, но и освободить его от хлопот наследника (если бы он был назначен таковым), а также от материальных затрат, связанных с принятием наследства и его оформлением, уплатой налога на имущество, переходящего в порядке наследования, и т. п.

Приведенными соображениями можно обосновать также и целесообразность установления завещательного отказа в пользу лица, являющегося наследником по закону или по завещанию.

Отказополучателями, как, впрочем, и наследниками, физические лица могут быть назначены независимо от их дееспособности. Право недееспособного легатария осуществляет законный представитель, а ограниченную дееспособность восполняют родители, усыновители или попечители в том же порядке, что и при совершении иных гражданско-правовых сделок (п. 2 ст. 32, ст. 33 ГК РФ).

V. Замена отказополучателя

1. Одной из новелл раздела V ГК РФ является институт *подназначения в завещании отказополучателя (субститута)* на случай, если назначенный отказополучатель умрет до открытия наследства или одновременно с наследодателем, либо откажется от принятия завещательного отказа или не воспользуется своим правом на получение отказа, либо будет устранен как недостойный получить завещательный отказ по установленным ст. 1117 ГК РФ основаниям признания наследников недостойными (п. 4 ст. 1137 ГК РФ)[38]. Субститут, соглас-

[38] В. И. Серебровский еще в период действия ГК РСФСР 1922 г. считал, что завещателю должно быть предоставлено право подназначения отказополучателя по аналогии со ст. 424, предусматривавшей право подназначения наследника (указ. соч. С. 140). Однако Гражданским кодексом РСФСР 1964 г. такое предложение воспринято не было, хотя судебная практика в период действия этой кодификации допускала подназначение отказополучателя в завещании. Данный вывод, по мнению К. Б. Ярошенко, следует из п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР № 2 от 23 апреля 1991 г. (Сборник постановлений Пленумов Верховных судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1994) с изменениями и дополнениями (см. Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 3; 1997. № 1), в котором Пленум разъяснил: «Права и обязанности отказополучателя в соответствии со ст. 598 ГК РСФСР (1964 г. – *Б. Х.*) прекраща-

ный принять завещательный отказ, становится в обязательстве на место назначенного легатария и вправе требовать от наследника (наследников) исполнения легата.

Подназначение отказополучателя возможно не только в завещании, которым установлен легат, но и в завещании, дополняющем его. Следует особо подчеркнуть, что подназначение отказополучателя, как и назначение последнего, возможно только в завещании и ни в какой иной форме.

Уяснение смысла нормы п. 4 ст. 1137 ГК РФ, имея в виду ее лаконичность, предполагает необходимость определенного толкования этой нормы, а также установление последствий, которые наступают при наличии указанных в ней обстоятельств, когда не назначен субститут. Начнем с анализа положения п. 4 ст. 1137 ГК РФ.

Как видно, закон различает *отказ от принятия завещательного отказа* и ситуацию, когда отказополучатель *не воспользовался своим правом на получение завещательного отказа*. Под отказом от принятия легата следует, по-видимому, понимать заявление обязанному наследнику (наследникам) в любой форме о несогласии принять легат. Выражение же «не воспользовался своим правом на получение завещательного отказа» обозначает, очевидно, бездействие отказополучателя, непринятие им легата в установленный трехлетний срок.

Легатарий вправе, но не обязан принять легат. «Завещательный отказ, – писал Г. Ф. Шершеневич, – есть всегда право, но не обязанность, хотя в составе наследства есть то и другое...»[39]. Право отказаться от принятия легата следует из закрепленного в п. 2 ст. 1 ГК РФ принципа, согласно которому граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе.

2. От подназначения завещателем другого отказополучателя следует отличать *отказ легатария от легата в пользу других лиц* (так называемый «направленный» отказ от принятия завещательного отказа). Вопрос о возможности подобного отказа не получил решения ни в ранее действовавшем законодательстве, ни в судебной практике. Тем не менее суждения в пользу направленного отказа и даже попытки

ются его смертью и не могут быть переданы им по наследству, если иное не было предусмотрено наследодателем, оставившим завещательный отказ». Как справедливо подчеркивает К. Б. Ярошенко, «завещатель вправе был установить в завещании "иное", в том числе подназначить другого отказополучателя» (Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. С. 139).

[39] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Шестое изд. СПб., 1907. С. 773.

обоснования его встречались в юридической литературе. Так, П. С. Никитюк писал: «При отпадении завещательного отказа отказанное отказополучателю прирастает к доле наследника, кроме случая, *когда легатарий отказался в пользу другого наследника* (ст. 585 ГК МССР и 550 ГК РСФСР)»[40] (курсив мой. – *Б. Х.*). Признание возможным отказа легатария в пользу другого наследника логично вписывается в суждения указанного автора о легате как особом виде наследования, и, следовательно, продолжая его мысль, легатарий – наследник особого рода, о чем, кстати, свидетельствуют ссылки П. С. Никитюка на статьи ГК, в которых говорится именно о наследниках.

В пользу возможности направленного отказа легатария от получения легата высказывается и М. Ю. Барщевский. Отмечая, что право отказополучателя есть личное имущественное право, которым он может распоряжаться по своему усмотрению, автор далее указывает, что нет оснований препятствовать отказополучателю отказываться в пользу других лиц от выговоренного ему права требования к наследнику, а предусмотренная возможность лишь безоговорочного отказа есть неоправданное ограничение прав отказополучателя[41].

Единственным, но явно недостаточным аргументом в данном рассуждении является характеристика права отказополучателя в качестве личного имущественного права. При этом не учитывается, однако, воля завещателя, направленная на то, чтобы «одарить» именно назначенного отказополучателя.

В отношении же ограничения прав отказополучателя следует заметить, что в ГК 1964 г. отсутствовали какие-либо указания об отказе легатария от права на принятие завещательного отказа, речь шла лишь об отказе *от принятия наследства*, в том числе об отказе в пользу других лиц. В настоящее время полемика по этому вопросу, по крайней мере исходя из действующего законодательства, не имеет под собой никакой почвы: ГК РФ, признавая за отказополучателем право отказаться от получения легата, прямо запрещает отказ в пользу других лиц, отказ с оговорками или под условием (п. 1 ст. 1160). Не лишено, однако, интереса обоснование такого легального решения.

Завещательный отказ представляет собой распоряжение о безвозмездном имущественном предоставлении в виде обязательственного права требовать от наследника совершения определенных действий в пользу *конкретного* лица. При этом завещательный отказ всегда мо-

[40] *Никитюк П. С.* Указ. соч. С. 149.
[41] См.: *Барщевский М. Ю.* Указ. соч. С. 80–81.

тивирован определенными соображениями завещателя, который при этом преследует цель «одарить» *именно это лицо*, а не какое-либо другое, в пользу которого мог бы отказаться легатарий, если бы за ним признавалось право такого направленного отказа.

Необходимо обратить внимание и на то, что легат как безвозмездное предоставление завещателем определенному лицу имущественного блага за счет наследства по своему существу весьма близок к дарению. В римском праве легат – это *donatio per testamentum* – дарение посредством завещания[42]. «Требования легатария, – писала Е. А. Флейшиц, – есть по существу требования одаренного завещателем лица»[43], а В. И. Синайский называл право легатария «актом щедрости завещателя»[44].

Вместе с тем легат является дарением лишь в экономическом смысле, как безвозмездное имущественное предоставление, но по своей правовой природе отличается от него. Дарение – это *соглашение* дарителя и одаряемого, а легат – *одностороннее волеизъявление* завещателя, причем совершенное только в форме завещания. Легат – это основание возникновения *обязательства* между отказополучателем и наследником (наследниками), дарение же порождает обязательство лишь в том случае, если совершено в форме обещания безвозмездного предоставления (консенсуальный договор дарения), и не порождает такового, если совершено в качестве реального договора, что встречается гораздо чаще (в этом случае оно есть только *способ приобретения права собственности*)[45]. Договор дарения, предусматривающий передачу дара одаряемому после смерти дарителя ничтожен (п. 3 ст. 572 ГК РФ), легат же, напротив, – способ определения *посмертной* судьбы имущества наследодателя. Имеются и некоторые другие различия между дарением и легатом, которые нет необходимости перечислять при обосновании легального запрещения отказа легатария от легата в пользу другого лица (других лиц). Однако, несмотря на различия между дарением и легатом, у них одна экономическая сущность, выражающаяся в *безвозмездности предоставления*, и именно это обосновывает запрет на направленный отказ.

3. По этим же соображениям право требования легатария не может быть передано другому лицу в порядке *уступки требования*

---

[42] *Legatum* переводится как наследство; посмертный дар (Латинская юридическая фразеология / Составитель Б. С. Никифоров. М., 1979).

[43] *Флейшиц Е. А.* Указ. соч. С. 93.

[44] *Синайский В. И.* Указ. соч. С. 610.

[45] См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 395–396.

(*цессии*). Прямого указания об этом в нормах о наследовании нет. Не содержали подобного запрещения и Гражданские кодексы РСФСР 1922 и 1964 гг. (см. соответственно ст. 124 и ст. 211). Но в обоих кодексах имелось указание о том, что не допускается передача права требования, *связанного с личностью кредитора*, а в ст. 383 действующего ГК РФ в качестве примера таких не подлежащих цессии требований приводятся требования об алиментах и о возмещении вреда, возникшего вследствие повреждения здоровья или причинения смерти.

Требование легатария как кредитора в обязательстве, возникшем на основании завещательного отказа, несомненно, относится к числу строго связанных с личностью, и потому оно неотчуждаемо. Другое дело, что, реализовав свое право, легатарий вправе по своему усмотрению распорядиться полученным по легату благом, в том числе использовать его для погашения своих долгов или в иных целях.

VI. Действие права на получение завещательного отказа

Обратимся теперь к выяснению последствий, наступающих при наличии тех же обстоятельств (юридических фактов), которые указаны в п. 4 ст. 1137 ГК РФ, если отказополучателю не подназначен другой отказополучатель.

А. Отказополучатель умер до открытия наследства, либо одновременно с наследодателем. В этом случае завещательный отказ отпадает, обязательство не возникает, у наследника нет обязанности исполнять отказ, а отказанное легатарию имущественное благо, если оно имеет вещественную форму и входит в состав наследства, остается у соответствующего наследника. Прямого указания о таких последствиях в ГК РФ нет, отсутствовало оно и в ранее действовавшем законодательстве. Однако сделанный вывод не должен вызывать сомнений: связанные с открытием наследства последствия наступают в отношении лиц, находящихся в живых в день открытия наследства, причем не только наследников, призываемых к наследованию, о которых имеется прямое указание в п. 1 ст. 1116 ГК РФ. Как и право наследования, право отказополучателя предполагает обладание гражданской правоспособностью, которая прекращается, как известно, смертью физического лица (ст. 17 ГК РФ).

Б. Отказополучатель отказался от принятия завещательного отказа или не воспользовался своим правом на получение отказа. В

данной ситуации указанное право не переходит к другим лицам (п. 4 ст. 1137 ГК РФ). Из этого следует, что возникшее на основании отказа обязательство прекращается, наследник больше не обязан к совершению действий, составляющих предмет обязательства. Отказ от принятия завещательного отказа – прижизненное действие легатария; ситуация же, когда легатарий не воспользовался своим правом на получение отказа, может иметь место как в том случае, если его смерть наступила *по истечении установленного срока*, так и тогда, когда он умер *до указанного момента*, о чем ниже будет сказано более подробно.

В случае установления завещательного отказа в пользу двух или более отказополучателей осуществление права на принятие отказа требует волеизъявления каждого легатария. При отказе кого-либо из легатариев от принятия легата возникает вопрос о судьбе нереализованного права. Возможно двоякое решение: не принятое имущественное благо переходит в порядке приращения к другим соотказополучателям или остается у наследника, обремененного отказом. Предпочтительнее решение о приращении, которое в большей степени соответствует воле завещателя. Во-первых, и это, пожалуй, основной аргумент, в данном случае воля завещателя реализуется максимально полно, хотя переживший завещателя легатарий приобретает больше, чем ему предназначалось. Кроме того, во-вторых, нельзя сбрасывать со счетов и то, что установление легата сопряжено с фактическим уменьшением наследственной доли наследника. Хотя это и не составляет цели завещательного отказа, можно предположить, что оно не является для завещателя тайной: если даже завещатель и не был уведомлен о таких последствиях при удостоверении завещания, то, по крайней мере, мог представлять, что его намерение «одарить» отказополучателей будет реализовано именно *за счет наследства*.

Если в завещании определены доли отказополучателей, они в порядке приращения соразмерно увеличиваются. При отсутствии в завещании указаний о долях, следует, по-видимому, исходить из равенства долей и, соответственно, их увеличение также должно быть подчинено принципу равенства.

Право на получение завещательного отказа действует в течение *трех лет* со дня открытия наследства (п. 4 ст. 1137 ГК РФ). Формулировка закона не оставляет сомнений в том, что с истечением данного срока право легатария прекращается, а это означает, что указанный трехлетний срок является *пресекательным*, и право легатария не пере-

ходит к другим лицам (за исключением случая, когда назначен субститут); не переходит оно, как сказано в законе, и в том случае, если легатарий не воспользовался своим правом на получение отказа[46]. При этом закон не уточняет и, следовательно, не ограничивает действие этого права в зависимости от того, умер ли не воспользовавшийся своим правом легатарий до или после истечения срока на принятие легата[47]. Между тем, как представляется, последствия в том и другом случае не должны быть одинаковыми.

Обозначив в качестве первого варианта истечение срока для получения отказа *при жизни отказополучателя*, а в качестве второго – смерть последнего, не успевшего реализовать свое право, *до истечения этого срока*, рассмотрим обе указанные ситуации.

Для первого варианта правило, в силу которого право легатария не переходит к другим лицам, представляется однозначно логичным, обоснованным и справедливым: завещатель хотел «одарить» именно то лицо, в пользу которого и установил завещательный отказ, и это лицо из двух возможных решений: воспользоваться правом или не воспользоваться им – приняло второе, в связи с чем это право не переходит к другим лицам.

Во втором варианте аналогичное решение нельзя признать столь же логичным, обоснованным и справедливым. Еще раз отметим, что *прямых* указаний на этот счет в законе нет, поэтому приходится прибегнуть к доктринальному его толкованию.

Правило п. 4 ст. 1137 ГК РФ, согласно которому право отказополучателя на получение отказа не переходит к другим лицам, за единственным исключением, указанным в этом же пункте, распространяется и на

---

[46] Комментируя раздел V части третьей ГК РФ, К. Б. Ярошенко указывает: «...Если отказополучатель умер, не воспользовавшись своим правом, его наследники не вправе потребовать исполнения завещательного отказа» (*Ярошенко К. Б.* Новое законодательство о наследовании // Хозяйство и право. 2002. № 2. С. 26).

[47] Отсутствует уточнение и в комментарии ст. 1137 ГК РФ Ю. К. Толстого, в котором сказано следующее: «если отказополучатель умер после открытия наследства, так и не воспользовавшись своим правом на получение завещательного отказа, это право ни к кому не переходит (кроме случая, когда отказополучателю подназначен другой отказополучатель) и прекращается» (См.: *Сергеев А. П., Толстой Ю. К., Елисеев И. В.* Указ. соч. С. 74). Иное мнение Ю. К. Толстой высказывал на почве ранее действовавшего ГК РСФСР 1964 г., решая тот же самый вопрос в зависимости от содержания принадлежавшего легатарию права и от того, имеют ли отношения между наследником и легатарием по исполнению завещательного отказа длящийся характер или нет. В частности, если завещательный отказ предусматривает передачу какую-либо вещи в собственность легатарию, то в случае смерти последнего после открытия наследства его наследники могут требовать от лица, обремененного легатом, исполнения этой обязанности (Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Часть 3. М., 1998. С. 545–546).

ситуацию, обозначенную во втором варианте. В подтверждение можно привести следующие соображения. Легат порождает обязательственное правоотношение, содержанием которого является право требования легатария и обязанность наследника данное требование удовлетворить. Это имущественное право требования в связи со смертью легатария, не успевшего им воспользоваться до истечения установленного срока, переходит к его наследникам в составе наследственной массы наравне с другими имущественными правами отказополучателя как наследодателя[48]. Это согласуется с общим правилом ч. 1 ст. 1112 ГК РФ. Вместе с тем нельзя не подчеркнуть, что хотя согласно п. 3 ст. 1137 ГК РФ к отношениям между отказополучателем и наследником применяются положения Гражданского кодекса об обязательствах, там же имеется оговорка: «если из норм о наследственном праве и существа обязательства не следует иное», которая позволяет сделать следующий вывод: правило п. 4 ст. 1137 ГК РФ предусматривающее, что право легатария на получение отказа не переходит к другим лицам, включая и переход по наследству, представляет собой *lex specialis* по отношению к норме ч. 1 ст. 1112 ГК как *lex generalis*. А как известно, *lex specialis derogat legi generali* – специальная норма устраняет действие общей нормы. Такое толкование имеет право на существование. Другое дело, насколько целесообразно и обоснованно правило п. 4 ст. 1137 ГК в части, исключающей переход права легатария, не успевшего при жизни в срок воспользоваться им, к его наследникам. Представляется, что в п. 4 ст. 1137 ГК желательно внести соответствующие изменения в том смысле, что право легатария, не успевшего при жизни в установленный срок воспользоваться правом на получение отказа, переходит к его наследникам, кроме случаев, когда имущественное право неразрывно связано с личностью легатария (о чем писали Е. А. Флейшиц и В. И. Серебровский[49]). Так, если наследник обязан был в наследуемом доме, квартире, ином жилом помещении предоставить легатарию право пожизненного пользования жилым помещением, а легатарий умер, то и обязанность наследника прекращается.

В обоснование сказанного можно повторить уже приведенное выше соображение: уменьшение имущества, составляющего долю наследника, обремененного легатом, не является *целью* завещательного отказа, и тем не менее объективно последствием возложения на наследника обязательства совершить определенные действия имущест-

[48] Именно таким образом определяла судьбу легата при указанных условиях Е. А. Флейшиц, сделав исключение для случаев, когда имущественное право неразрывно связано с личностью легатария (указ. соч. С. 93). Так же: *Дроников В. К.* Наследственное право Украинской ССР. Киев, 1974. С. 94; *Барщевский М. Ю.* Указ. соч. С. 81.

[49] См.: *Флейшиц Е. А.* Указ. соч. С. 93; *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 139.

венного характера в пользу легатария становится уменьшение стоимости его наследственной доли. Поэтому реализация данного предложения не противоречила бы воле завещателя.

Может возникнуть вопрос о допустимости применения к рассматриваемым отношениям по аналогии правил ст. 1156 ГК РФ о наследственной трансмиссии. Вообще, по аналогии закона применимы нормы, регулирующие *сходные* отношения (п. 1 ст. 6 ГК РФ). Сходство правоотношений из легата и наследственных правоотношений лишь в том, что те и другие возникают в связи с определением посмертной судьбы имущества физического лица. Но между ними имеются и существенные различия, в частности, по основаниям возникновения, по объему приобретаемых прав субъектами тех и других правоотношений и др. Но главное, что свидетельствует о несходстве данных отношений, состоит в следующем: если трансмиссия представляет собой переход *права на принятие наследства*, то в правоотношении из легата мы имеем дело с обыкновенным обязательственным правом. Кроме того, в первом случае имеет место универсальное правопреемство, тогда как во втором – сингулярное. Вследствие несходства рассматриваемых отношений нормы о трансмиссии, как представляется, не могут применяться к отношениям, основанным на легате.

В. Отказополучатель лишен права на получение завещательного отказа как недостойный. В этом случае предмет завещательного отказа, если он имеет вещественную форму и входит в состав наследства, остается у лица, на которое была возложена обязанность исполнить отказ. Легатарий может быть признан недостойным только судом по требованию наследника, обязанного исполнить легат, если установлены обстоятельства, предусмотренные правилами ст. 1117 ГК РФ, о применении которых соответственно к завещательному отказу имеется прямое указание в п. 5. В данном случае легатарное правоотношение прекращается.

* * *

В заключение хотелось бы подчеркнуть, что в новых условиях социально-экономического развития России нормы обновленного наследственного права, и в том числе институт легата, направлены на дальнейшее расширение и укрепление прав граждан, развитие частной собственности. Этому должно способствовать единообразие правоприменительной практики и ее строгое следование закону.

ИНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ОБРАЩЕНИЕ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ВЗЫСКАНИЯ НА ДОЛЮ В ОБЩЕМ ИМУЩЕСТВЕ*

(*в соавторстве с проф. Г. Л. Осокиной*)

Гражданский кодекс РФ 1994 года (часть первая) внес ряд существенных изменений в регулирование отношений общей собственности. Изменения коснулись и правил об обращении взыскания на долю в общем имуществе.

Субъекты права общей собственности (как долевой, так и совместной) могут быть и практически являются участниками различных гражданских правоотношений, в том числе обязательственных, в которых выступают и в качестве должников. Как должники они могут нести гражданскую ответственность по общим правилам принадлежащим им имуществом, включая долю в общем имуществе.

Для защиты прав кредиторов допускается обращение взыскания на долю должника в общем имуществе. Однако это возможно лишь при недостаточности у собственника-должника другого имущества, принадлежащего ему на праве раздельной собственности, на которое законом допускается обращение взыскания.

Согласно ст. 255 ГК кредиторы участника долевой или совместной собственности вправе предъявить требование о выделе доли должника в общем имуществе. Аналогичная норма содержалась и в ст. 122 ГК 1964 года, однако применение ее на практике ввиду лако-

---

* Печатается по: *Осокина Г., Хаскельберг Б.* Обращение принудительного взыскания на долю в общем имуществе по Гражданскому кодексу РФ // Российская юстиция. 1995. № 10. С. 14–15. – *Прим. ред.*

ничности и отсутствия в ней конкретного механизма реализации права кредитора не могло не порождать определенных трудностей.

Статья 255 нового ГК не только признает за кредитором право требования выдела доли должника в общем имуществе, но и содержит другие нормы, направленные на реальное обеспечение интересов кредитора, хотя и в ней не предусмотрены все могущие возникнуть в процессе реализации кредитором своего права нюансы его взаимоотношений с участниками общей собственности.

Если выдел в натуре доли должника в общем имуществе возможен, то обращение на нее взыскания производится по общим правилам обращения принудительного взыскания на имущество по обязательствам собственника (ст. 237 ГК). Сложности возникают, когда выдел доли в натуре невозможен или если остальные участники общей собственности возражают против выдела доли в натуре. Такие случаи реальны и требуют определенных решений. Например, невозможно выделить долю в натуре, если объект собственности является неделимой вещью, скажем, автомобиль, гараж, однокомнатная квартира, либо когда супруг возражает против выдела доли другого супруга в принадлежащей им на праве общей совместной собственности квартире, не желая превращения ее в коммунальную квартиру. ГК 1964 года не содержал ответы на возникающие в этих случаях вопросы. Решая их, новый Кодекс предоставляет кредитору следующие возможности.

Кредитор вправе требовать продажи должником своей доли остальным участникам общей собственности по цене, соразмерной рыночной стоимости этой доли с обращением вырученных от продажи средств в погашение долга (ч. 2 ст. 255 ГК). Если остальные участники общей собственности откажутся от приобретения доли должника, кредитор вправе требовать по суду обращения взыскания на долю должника в праве общей собственности путем продажи этой доли с публичных торгов (ч. 3 ст. 255 ГК).

Итак, ст. 255 ГК предусматривает возможность обращения взыскания на долю должника либо путем ее выдела в натуре и последующей продажи, либо путем продажи доли в праве собственности. В обоих случаях имеет место принудительное изъятие имущества должника – участника общей собственности, влекущее прекращение на него права собственности должника.

Новый ГК, провозглашая принцип недопустимости принудительного изъятия имущества у собственника (п. 2 ст. 235), предусматривает исчерпывающий перечень случаев, когда это допускается. Од-

ним из таких случаев является обращение взыскания на имущество по обязательствам (подп. 1 п. 2 ст. 235). В соответствии со ст. 237 ГК принудительное изъятие имущества путем обращения взыскания на него по обязательствам собственника, разумеется и сособственника-должника, производится на основании судебного решения, если иной порядок обращения взыскания не предусмотрен законом (например, абз. 2 п. 1 ст. 349 ГК) или договором (например, абз. 2 п. 1 ст. 349, п. 2 ст. 349 ГК). Поскольку иной порядок обращения взыскания на долю должника в общем имуществе не предусмотрен законом и если он не установлен договором, то кредитор участника долевой или совместной собственности при недостаточности у последнего другого имущества вправе требовать обращения взыскания на его долю в общем имуществе только в судебном порядке. Следовательно, в ч. 1 ст. 255 ГК имеются в виду исковые требования кредитора и судебный порядок их рассмотрения.

Выдел доли в имуществе, принадлежащем на праве общей собственности (долевой или совместной) с целью обращения на нее взыскания, подчиняется, как указывалось выше, общим нормам о разделе общего имущества и выделе доли. В ст. ст. 252 (пп. 1, 2) и 254 (п. 3) ГК 1994 года устанавливается, что раздел общего имущества и выдел доли может быть произведен по соглашению участников общей собственности, а при недостижении соглашения раздел или выдел доли в натуре, согласно п. 3 ст. 252 ГК, производится в судебном порядке. Отсюда должен быть сделан вывод, что иск кредитора о выделе доли должника – участника общей собственности должен быть предъявлен не только к должнику, но и к остальным сособственникам. Ответчиками по иску следует признать всех сособственников, включая должника.

В чч. 2 и 3 ст. 255 ГК определены, как отмечалось, последствия невозможности, независимо от причины, обращения взыскания на долю в общем имуществе в натуре. В этом случае закон предусматривает обращение взыскания на долю должника в праве общей собственности путем ее продажи должником-сособственником остальным участникам общей собственности либо продажи с публичных торгов. Процедура продажи должником – участником долевой или совместной собственности своей доли в праве общей собственности другим участникам общей собственности предполагает совершение должником соответствующих действий (ст. 250 ГК). Принимая во внимание принудительный характер изъятия доли должника в общем имуществе, а также то, что в роли продавца доли выступает должник, от которого

зависит соблюдение требуемой законом процедуры продажи (ст. 250 ГК), реализация кредитором права требования продажи должником своей доли в праве может оказаться весьма затруднительной, а то и просто невозможной, так как едва ли практически можно принудить должника совершить необходимые действия по продаже. А поскольку ч. 3 ст. 255 ГК предоставляет кредитору право требовать в судебном порядке продажи доли должника с публичных торгов только в случаях отказа остальных участников общей собственности от приобретения доли должника, которому должны предшествовать соответствующие действия должника, то права и законные интересы кредитора – участника общей собственности могут оказаться без надлежащей защиты в случаях невозможности выдела доли в натуре и отказа должника (в явной или неявной форме) от продажи своей доли остальным сособственникам. Это свидетельствует о несовершенстве ст. 255 ГК, регламентирующей порядок обращения взыскания на долю в праве общей собственности, поскольку действующая редакция данной статьи не исключает трудностей в реализации кредитором права обращения взыскания по долгам на долю должника – участника общей собственности.

Чтобы предотвратить случаи ущемления прав и законных интересов кредитора – одного из участников общей собственности, обеспечить необходимый паритет интересов кредитора, должника – участника общей собственности и остальных сособственников, необходимо, во-первых, вместо требования кредитора к должнику о продаже им своей доли предусмотреть в ч. 2 ст. 255 ГК право кредитора требовать приобретения доли должника остальными участниками общей собственности по рыночной цене этой доли, с обращением подлежащих уплате денежных средств в погашение долга; во-вторых, в ч. 3 ст. 255 ГК предусмотреть правило, что в случае отказа остальных участников общей собственности от приобретения доли должника суд с учетом их платежеспособности, а также иных заслуживающих внимания обстоятельств принимает решение либо о взыскании в пользу кредитора солидарно с сособственников компенсации стоимости доли должника по рыночной цене (ст. 252 ГК), либо об обращении взыскания на его долю в праве общей собственности путем продажи этой доли с публичных торгов.

Процессуальный порядок реализации предлагаемых последствий представляется следующим. Суд возбуждает дело по иску кредитора к остальным участникам общей собственности о приобретении ими доли должника. Должник – участник общей собственности высту-

пает в этом деле в качестве третьего лица на стороне ответчиков – остальных сособственников, поскольку решение по делу может повлиять на права и обязанности должника – участника общей собственности по отношению к остальным сособственникам. После проверки обоснованности требования кредитора об обращении взыскания на долю должника и получения ясно выраженного и зафиксированного в протоколе судебного заседания согласия остальных сособственников на приобретение доли должника суд приостанавливает производство по делу с назначением должнику-сособственнику и остальным участникам общей собственности разумного срока для заключения договора о купле-продаже доли должника сособственниками, выразившими согласие на ее приобретение в судебном заседании, с выплатой в пользу кредитора-истца денежных сумм в погашение долга. Такой договор – разновидность договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК), и на основании его кредитор должника, являющегося участником общей собственности, получает право требования к собственникам-приобретателям.

По представлении суду доказательств заключения договора купли-продажи доли должника суд с согласия истца-кредитора прекращает производство по делу (п. 4 ст. 219 ГПК), в противном случае суд возобновляет рассмотрение дела по иску кредитора и удовлетворяет его требование, постановляя решение о применении последствий, предусмотренных в предлагаемой редакции ч. 3 ст. 255 ГК.

НОВЫЙ ЖИЛИЩНЫЙ КОДЕКС РОССИИ И ПРОБЛЕМА «КОММУНАЛОК»*

В настоящей статье рассматривается, казалось бы, частный вопрос обширной проблемы удовлетворения одной из насущных потребностей человека – потребности в жилище, а именно: предоставление освободившегося в коммунальной квартире жилого помещения. Его оптимальное решение имеет важное социальное значение, так как еще немало семей сегодня не имеют отдельной квартиры (индивидуального дома), проживая в так называемых «коммуналках». Мало шансов у них в ближайшие годы обрести такое благо и по Жилищному кодексу Российской Федерации, вступившему в действие с 1 марта 2005 г. Не увеличивает вероятность приобретения отдельного жилища и «Федеральная жилищная программа "Жилище" на 2002–2010 гг.»[1], в которой о коммунальных квартирах даже не упоминается.

Обратимся теперь к анализу норм Жилищного кодекса РФ (далее – ЖК РФ), определяющих порядок предоставления освободившегося жилого помещения.

В гл. 7 «Основания и порядок предоставления жилых помещений по договорам социального найма» содержится специальная статья 59 о предоставлении освободившихся жилых помещений в коммунальной квартире. Подобная статья содержалась в Жилищном кодексе РСФСР 1983 г. (далее – ЖК РСФСР) и в Основах федеральной жилищной политики, следовательно, не является новеллой в ЖК РФ.

---

* Печатается по: *Хаскельберг Б. Л.* Новый Жилищный кодекс России и проблема «коммуналок» // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч. 32 / Ред. Б. Л. Хаскельберг, В. М. Лебедев, Г. Л. Осокина. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2006. С. 3–8. – *Прим. ред.*

[1] Собрание законодательства РФ. 2001. № 39. Ст. 3770; 2002. № 7. Ст. 700; 2004. № 31. Ст. 3268; № 44. Ст. 4362; 2005. № 44. Ст. 4560; 2006. № 6. Ст. 694.

По поводу толкования и применения ст. 46 ЖК РСФСР 1983 г. имелись разъяснения Пленума Верховного суда РСФСР в постановлении № 5 от 20.12.1995 г., указания Верховного суда РСФСР по конкретным делам, различные высказывания в юридической литературе. Нормы ЖК РФ отличаются от правил ЖК РСФСР, в связи с чем отпадают основания разночтений закона и его критики. Вместе с тем и в адрес нового закона можно сделать критические замечания.

Прежде всего, следует отметить, что установленный порядок предоставления освободившихся в коммунальных квартирах жилых помещений не нацелен на решение проблемы ликвидации «коммуналок». К такому выводу приводит анализ условий, при наличии которых освободившееся жилое помещение согласно ст. 59 может быть предоставлено лицам, проживающим в данной квартире.

В ст. 59 ЖК РФ не определяется статус освободившегося жилого помещения – помещение нанимателя по договору социального найма или собственника. Тем не менее нет сомнений, что имеется в виду помещение государственного или муниципального жилищного фонда. Это очевидно, учитывая, что ст. 59 помещена в разделе ЖК РФ, определяющем основания и порядок предоставления жилых помещений по договору социального найма, а согласно ст. 49 ЖК РФ по этому договору предоставляются жилые помещения указанных жилищных фондов. Освободившееся жилое помещение собственника может быть предоставлено в соответствии со ст. 59, если оно стало объектом государственной или муниципальной собственности.

В ст. 59 нет указания на то, что имеется в виду изолированное освободившееся жилое помещение, но так как в ст. 15 ЖК РФ жилым признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания, то указание в ст. 59 на изолированность помещения излишне. Освободившееся неизолированное помещение должно предоставляться проживающему в помещении, от которого оно не изолировано. Не изолированное жилое помещение в соответствии с ч. 2 ст. 62 ЖК РФ не может быть самостоятельным предметом договора социального найма.

Определяя порядок предоставления освободившихся жилых помещений, законодатель исходит из существующих реалий, когда одни помещения в коммунальной квартире приватизированы, а другие используются по договору социального найма, устанавливая, что освободившиеся жилые помещения предоставляются нанимателям и (или) собственникам по их заявлению.

В зависимости от уровня жилищной обеспеченности граждан, проживающих в коммунальной квартире, в ст. 59 ЖК РФ установлено три возможных варианта определения судьбы освободившегося жилого помещения, по которым оно предоставляется проживающему в этой квартире нанимателю и (или) собственнику, и один вариант, согласно которому освободившееся помещение предоставляется в общем порядке, предусмотренном Жилищным кодексом. Это единственный случай, предусмотренный Жилищным кодексом, когда предметом договора социального найма может быть комната (комнаты), а не отдельная квартира (ч. 6 ст. 57 ЖК РФ).

Первый вариант. Если в квартире проживают несколько нанимателей и (или) собственников, освободившиеся помещения предоставляются *по договору социального найма* проживающим в этой квартире нанимателям и (или) собственникам, если они на момент освобождения помещений признаны или могут быть признаны малоимущими и нуждающимися в жилых помещениях. Два положения ч. 1 ст. 59 заслуживают критики: так как освободившиеся помещения могут предоставляться как нанимателям, так и (или) собственникам, возможна ситуация, когда собственник будет пользоваться жилым помещением по праву собственности и по договору социального найма, а приватизация последнего окажется затруднительной или невозможной. В таких случаях было бы целесообразно признать за собственником жилищного фонда, к которому оно относится, право отчуждения его проживающему в данной квартире собственнику на условиях с учетом его имущественного положения.

Ни в ст. 59, ни в ст. 51 ЖК РФ при определении нуждаемости, определяемой по обеспеченности общей площадью на одного члена семьи менее учетной нормы, к сожалению, не учитывается не родившийся ребенок даже при большом сроке беременности женщины – члена семьи.

Второй вариант. Если в коммунальной квартире отсутствуют указанные выше граждане, освободившееся жилое помещение предоставляется по договору социального найма проживающим в этой квартире нанимателям и (или) собственникам, которые могут быть признаны малоимущими и обеспечены общей площадью на одного члена семьи менее нормы предоставления. В отличие от первого варианта обеспеченность жилой площадью определяется исходя из общей площади на одного члена семьи: менее учетной нормы или менее нормы предоставления. Приоритет признается за гражданами менее

обеспеченными, а именно обеспеченными общей площадью на одного человека менее учетной нормы.

Третий вариант. Если отсутствуют граждане, на которых распространяется режим, указанный в первых двух вариантах, освободившееся жилое помещение в коммунальной квартире предоставляется по договору купли-продажи (правильнее было бы сказать – отчуждается) гражданам, которые обеспечены общей площадью на одного члена семьи менее нормы предоставления. В этом случае не требуется признания гражданина малоимущим. Это правило не противоречит норме ч. 6 ст. 42 ЖК РФ: при продаже комнаты в коммунальной квартире остальные собственники комнат в этой квартире имеют преимущественное право покупки отчуждаемой комнаты в порядке и на условиях, которые установлены Гражданским кодексом (ч. 6 ст. 42 ЖК РФ). Представляется, что в данном случае имеется в виду ст. 250 ГК РФ, предусматривающая преимущественное право сособственника на приобретение продаваемой доли в праве общей собственности. Однако в коммунальной квартире право общей долевой собственности распространяется не на комнаты, а на общее имущество, обслуживающее коммунальную квартиру. Доли в праве на это имущество принадлежат собственникам комнат, при отчуждении которых к приобретателю переходит и доля в праве на общее имущество, не подлежащее отчуждению отдельно от комнаты. Этими обусловлено правило ч. 6 ст. 42, подлежащее применению к случаю, предусмотренному ч. 3 ст. 59 ЖК РФ.

Если в коммунальной квартире отсутствуют и такие граждане, вселение в освободившееся помещение осуществляется на основании договора социального найма в порядке, предусмотренном ЖК РФ, т. е. малоимущим и нуждающимся в порядке очередности.

Итак, если в коммунальной квартире не проживают граждане, обеспеченные общей площадью на одного члена семьи менее нормы предоставления, освободившееся помещение предоставляется на общих основаниях и, следовательно, статус коммунальной квартиры сохраняется. Это правило, признающее предметом договора социального найма отдельную комнату, соответствует норме п. 6 ст. 57 ЖК РФ, устанавливающей исключение из правила, согласно которому предметом договора социального найма по общему правилу является квартира. Однако такого прямого указания в разд. III ЖК РФ нет. Напротив, в ч. 1 ст. 62 ЖК РФ указывается: «Предметом договора социального найма жилого помещения должно быть жилое помещение, а в скобках – жилой дом, квартира, часть жилого дома или квартиры. *Нетруд-*

но заметить несогласованность между нормами ч. 4 ст. 59, ч. 6 ст. 57 и ч. 1 ст. 62. По-видимому, общим следует считать правило п. 1 ст. 62, согласно которому предметом социального найма может быть и часть квартиры, т. е. комната, 2 комнаты. А это означает возможность создания новых коммунальных квартир[2].

При определении, кто из проживающих в коммунальной квартире нанимателей или собственников имеет преимущество при решении, кому из них предоставить освободившееся помещение по договору социального найма, не имеет юридического значения состояние на учете нуждающихся в жилом помещении. Из этого, кстати исходила и практика применения ст. 46 ЖК РСФСР 1983 г. Важно, что гражданин может быть принят на учет.

На мой взгляд, правило ст. 59 ЖК РФ, устанавливающее, что при отсутствии в коммунальной квартире граждан, *обеспеченных общей площадью* на одного члена семьи менее установленной нормы предоставления, освободившееся помещение предоставляется на основании договора социального найма в порядке, предусмотренном ЖК РФ, т. е. на общих основаниях, заслуживает критики.

Действие такого правила весьма затрудняет решение проблемы «коммуналок». Почему бы не продать освободившееся в этом случае помещение проживающим этой квартире нанимателям или собственникам? При этом, принимая во внимание, что проживающие в коммунальных квартирах, учитывая их имущественное положение, купить даже комнату на общих основаниях (по рыночной цене) практически не в состоянии, для таких лиц должны быть установлены определенные льготные условия выкупа.

В ст. 59 ЖК РФ недостаточно учтена практика применения ст. 46 ЖК РСФСР. В частности, в ней нет решения случая, когда освободившееся помещение по размеру менее установленной нормы предоставления жилья. Не решен вопрос о случаях, когда в результате предоставления освободившегося помещения гражданину (семье)

[2] В отличие от ч. 1 ст. 62 ЖК РФ, ст. 104 ЖК РФ закрепляет положение, согласно которому служебные жилые помещения предоставляются гражданам в виде отдельной квартиры. Абсолютно императивный характер этой нормы следует из утвержденных Правительством РФ «Правил отнесения жилого помещения к специализированному жилищному фонду и типовых договоров найма специализированных жилых помещений» (Постановление от 26.01.2006 г. № 942 // СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 697). Во-первых, Правила устанавливают, что к служебным жилым помещениям относятся отдельные квартиры. Во-вторых, не допускается выделение под служебное жилое помещение комнат в квартирах, в которых проживают несколько нанимателей и (или) собственников жилых помещений.

размер жилых помещений в сумме значительно превысит норму предоставления жилого помещения. Для граждан отсутствие в данном случае такого решения является положительным, однако, принимая во внимание направленность норм ст. 59 ЖК РФ, едва ли такой исход входил в намерения законодателя.

При применении ст. 59 возникает вопрос об учете правила ст. 58 ЖК РФ. Согласно этой статье при предоставлении жилых помещений по договорам социального найма заселение одной комнаты лицами разного пола, за исключением супругов, допускается только с их согласия. Эта же ст. 58 допускает предоставление по договору социального найма жилого помещения общей площадью, превышающей норму предоставления на одного человека, но не более чем в два раза.

По прямому указанию ч. 1 ст. 58, содержащееся в ней правило должно применяться при предоставлении жилых помещений по договору социального найма. Ст. 59 помещена в главе, определяющей порядок и основания предоставления жилых помещений по договорам социального найма. Отсутствием в ст. 59 прямого указания, обязывающего учитывать правило ч. 1 ст. 58, нельзя обосновать отказ в его применении. Однако судебная практика едва ли пойдет по пути применения правил ст. 59 в системе с нормой ч. 1 ст. 58, пока не будет соответствующего указания Верховного Суда РФ.

ХАСКЕЛЬБЕРГ Борис Лазаревич

Гражданское право

Избранные труды

Корректоры *В.И. Дмитриева, Н.Г. Синявская*
Компьютерная верстка *М.Ф. Шарвэ*

Подписано в печать 08.05.2008 г.
Формат 60x84$^{1}/_{16}$. Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Печ. л. 27,5; усл. печ. л. 25,6. Тираж 1000 экз. Заказ 292.

Отпечатано в ОАО «Издательство «Красное знамя», Томск, пр. Фрунзе, 103