

CONTRACT

THIS AGREEMENT made this _____
by _____
and between _____
and _____

WITNESSETH: That in con-
cept and performed _____

Statut Publishers

ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

К.И. Скловский

СДЕЛКА И ЕЕ ДЕЙСТВИЕ

КОММЕНТАРИЙ ГЛАВЫ 9 ГК РФ

(Понятие, виды и форма сделок.
Недействительность сделок)



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка



СТАТУТ

Константин Ильич Скловский
Сделка и ее действие.
Комментарий главы
9 ГК РФ (Понятие,
виды и форма сделок.
Недействительность сделок)

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=39992707

*Сделка и ее действие:
ISBN 978-5-8354-1084-2*

Аннотация

В настоящую публикацию включены второе издание книги о сделке и ее действии, значительно измененное по сравнению с первым (М.: Статут, 2012), а также комментарий гл. 9 ГК РФ, посвященной сделкам.

В книге о сделке развиваются ранее высказанные автором взгляды на понятие сделки, ее связь с такими важными юридическими явлениями, как передача права, продажа чужой вещи, соотношение договора и обязательства и др. Автор подвергает критике некоторые стереотипы, затрудняющие понимание указанных явлений и приводящие к практическим трудностям и ошибкам. Книга представляет интерес как для

юристов, интересующихся теорией гражданского права, так и для практикующих юристов.

В комментарии обновленной гл. 9 ГК РФ раскрываются наиболее трудные вопросы нового законодательства, предлагается разрешение тех противоречий, которые обнаружены при обсуждении некоторых новелл гл. 9 Кодекса. В целом комментарий направлен на решение текущих практических задач, возникающих при применении ГК РФ.

Автор книги и комментария – известный цивилист, принимавший участие в подготовке изменений ГК РФ, д.ю.н., адвокат К. Скловский.

Содержание

| | |
|--|----|
| Сделка и ее действие | 6 |
| Предисловие | 6 |
| Сделка как социальный феномен и как источник права | 10 |
| Природа сделки | 23 |
| Удвоение воли | 34 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 42 |

**Константин
Ильич Скловский
Сделка и ее действие**

Посвящается А.Л. Маковскому

© К.И. Скловский, 2014

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление,
2014

* * *

Сделка и ее действие

(2-е изд.)

Предисловие

Предлагаемая читателю работа написана по материалам книги, изданной два года назад¹. Она была написана в основном в русле дискуссии, которая возникла после принятия ГК РФ в 1994 г. и обострилась на фоне реформы ГК в 2009–2014 гг.

В ходе этой дискуссии я обнаружил, что ряд решений, традиционно заимствуемых российским гражданским правом из германской доктрины, не вполне совпадают с содержанием ГК РФ или вовсе не совпадают с ним. При этом решения, непосредственно вытекающие из российского ГК, представляются мне более логичными и вполне отвечающими нуждам современного гражданского оборота.

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

Учитывая это, я бы считал нужным предварить изложение

¹ Скловский К. Сделка и ее действие. М.: Статут, 2012.

и сформулировать суть этого подхода так:

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

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

– Не существует действия по передаче права и не существует обязательства по передаче права. Соответствующие конструкции, в том числе распорядительные сделки, являются юридическими фикциями и не могут иметь универсального характера.

– Действие сделки не нуждается в подтверждении, сохранении намерения, поддержании его своей распорядительной властью и т. п. Оно происходит мгновенно и остается тем же самым в течение всего срока действия сделки. Если сделка совершена для отчуждения вещи (права), она действует точно так же и не нуждается ни в каких дополнительных волевых усилиях или подобных им актах. Многочисленные

представления, прибегающие к таким волевым дополнениям, приводят к удвоению воли, что принципиально противоречит природе сделки и влечет множество искажений как теоретического, так и практического характера.

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

– Права, затрагивающие третьих лиц, прежде всего абсолютные, не передаются и иным образом не получаются от другой стороны договора. Эти права создаются правопорядком, а стороны договора лишь могут подчинить свои отношения этому действию, которое само по себе от воли сторон далее не зависит.

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

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

тельств.

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

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

Специальные вопросы недействительности сделок, изложенные в первом издании книги, здесь опущены.

Автор будет рад получить отклики и замечания по адресу: ksklovsky@mail.ru

К. Скловский,

доктор юридических наук, адвокат

Москва

Сделка как социальный феномен и как источник права

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

Понятно, что только та воля, которая вполне свободно формируется, может быть верным основанием обязательства. В противном случае будет нарушен важнейший, базовый принцип свободы и автономии лица. В силу принципа, лежащего в основании сделки вообще (мы к нему будем вынуждены еще не раз вернуться), никто не может обязаться (лишиться права) иначе как по своей воле².

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

Ф. Хайек показал, что суждение о цене – это результат знаний, по своему объему стремящихся к знанию о мире в целом. Не случайно в древности купцы считались обла-

² Понятно, что этот принцип в чистом виде господствует в гражданском обороте, если под ним понимать совокупность сделок. В сфере деликтов и публичного права упомянутый принцип, никогда не исчезая, проявляется обычно опосредованно, но мы эту сферу и не затрагиваем.

дателями магических способностей потому, что знали цену товарам. Поскольку полное знание в принципе недоступно, цена содержит в себе элемент риска, восполняющего отсутствие знания. Последствия этого риска может, конечно, нести только тот, кто самостоятельно и вполне свободно принял решение о цене, иначе экономика неминуемо рухнет: недопустимо возлагать риск на того, кто не принял решение³. Но именно поэтому возложение всех последствий волеизъявления на того, кто принял решение, дает ему право освободиться от этих последствий, если процесс принятия решения, формирования воли был искажен факторами, находившимися вне его контроля.

Однако возникающая здесь идея лишения сделки действия, объявления ее недействительной в тех или иных случаях отнюдь не очевидна. Сам по себе этот подход, несмотря на его традиционность, как представляется, так и не обоснован до конца. Ведь сделка (шире – волевое действие сделочной природы (усыновление, брак, развод и т. д.)) – единственный юридический факт, который может лишиться действия. Теоретические уловки, состоящие в том, что вместе

³ См. некоторые замечания по этому поводу: *Гордли Дж.* Ошибка при заключении договора: Пер. с англ. // Вестник гражданского права. 2009. № 4 (Т. 9). С. 249. Нужно только уточнить, что риск стороны, заключающийся в сделке, следует отличать от распределения рисков между сторонами сделки. Первый риск лежит за пределами сделки (и скорее поглощен мотивом), второй (распределенные риски) – это содержание сделки. См. также о пороках воли: *Панов А. А.* К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1 (Т. 11).

с объявлением недействительности считают исчезнувшим и сам факт, не очень убедительны, особенно ретроспективно и на почве римского права, в котором они наиболее уместны в силу отождествления факта и его действия⁴. А в ГК РФ лишение сделки действия лишь превращает ее в другой юридический факт, несомненно, имеющий волевое содержание, хотя и отличный от сделки. В частности, недействительная сделка способна, помимо возврата исполненного⁵, прервать исковую давность, установить цены в дальнейших отношениях сторон и т. д. Тем самым факт все же остается, остается и воля сторон, но и природа факта, и юридический результат воли преобразуются (отчасти путем редукции) законом.

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

Следовательно, в обосновании нуждаются прежде всего постановления позитивного права, лишаящие сделку ее действия вопреки воле сторон (при том, что стороны далеко не всегда имеют намерение опереться на закон для прида-

⁴ Подробнее см.: *Ширвиндт А.М.* Значение фикции в римском праве. М., 2013.

⁵ В российском праве возврат исполненного является специальным механизмом, отличным от обязательства из неосновательного обогащения.

ния своей сделке силы). При остающихся в качестве обоснования только постановлений позитивного права, что само по себе, конечно, весьма шаткая основа, мы считаем важным всемерное подтверждение тенденции, идущей в нашем праве от Д.И. Мейера и в последние годы отчетливо проявившейся в практике ВАС РФ, к предельному ограничению практики аннулирования сделок.

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

* * *

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

Акты, в которых существенным оказывается исключительно волевое содержание, называемые сделками, люди совершают потому, что они понимают значение прав и обязанностей в своей жизни, и, совершая такие действия, они ставят перед собой цель достичь именно юридического результата. Достаточно самого общего представления о праве⁶,

⁶ Поскольку сделка, как мы полагаем, является первичной по отношению к праву, то это общее представление о результате сделки не могло быть сначала ни-

собственно, только понимания того, что изъявление воли порождает правовые последствия.

Цель сделки⁷ с точки зрения права в общем мнении видится прежде всего в установлении обязательства. Но сделка в то же время может быть представлена так, что, устанавливая обязательство (и достигая тем самым собственной цели), она является *средством* достижения того, что продиктовано мотивом, того жизненного блага, которое будет дано исполнением обязательства.

Как говорил И. Дунс Скот, «акт воли соединяет с дающим блаженство объектом»⁸. Это высказывание, замечательное своей точностью, вполне согласуется с распространенным среди юристов пониманием объекта права как блага. Наверное, это важно заметить потому, что в последнее время оно нередко отбрасывается ввиду «ненаучности». Научными же почитаются различные логические схемы распределения юридического материала, в которые благо не вписывается ввиду отсутствия у него нужных для силлогизмов арифметических признаков. Между тем объекты (*вещи*, взятые в

чем иным, и это сохранилось и в дальнейшем, как вообще понимание того, что сделка обязывает.

⁷ В дальнейшем, поскольку иное прямо не вытекает из текста, сделка будет рассматриваться также и как договор. Разграничение сделки и договора в данном случае не кажется существенным.

⁸ Блаженный *Иоанн Дунс Скот*. Избранное / Сост. и ред. Г.Г. Майоров. М., 2001. С. 471.

более широком смысле⁹) – это те реальные явления, которые, создавая право, очерчивают и его границы, как об этом уже говорилось; соответственно, они едва ли могут успешно подвергаться чисто юридическим спекуляциям, являясь внешними для них. Впрочем, в дальнейшем мы проблематику объектов права не затрагиваем, удовлетворившись лишь той очевидной истиной, что воля лица не выражается бесцельно, без стремления к благу («блаженству»), а цель эта лежит за пределами права.

Функция сделки как средства не должна упускаться из виду, тем более что «помимо конечной цели появляется ряд подчиненных целей, и то, что является средством, само на известном этапе становится целью»¹⁰. Это жизненное значение сделки как средства (ибо сделка сама по себе никакой жизненной потребности не удовлетворяет), однако, выводится за рамки юридического содержания сделки, хотя никогда, конечно, не исчезает.

В любом конкретном споре, в любой юридической ситуации *целесообразность* сделки (а тем самым – значение ее как средства) оценивается (за рамками собственно юридического анализа, с точки зрения «здорового смысла») в первую очередь и затем является тем вектором, той мерой, которые позволяют понять суть отношений. Собственно говоря, из-

⁹ Нужно заметить, что само по себе понятие вещи принадлежит всецело праву. Физика имеет дело с телом, экономика – с товаром. И тело, и товар – не вещи.

¹⁰ Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб., 2000. С. 532.

вестный постулат, в силу которого не должна влиять на оценку сделки ее целесообразность, т. е. степень связи сделки с мотивами (а мотивы всегда находятся за пределами сделки, идут дальше нее¹¹), пришлось формулировать именно потому, что мотивы на самом деле всегда так или иначе видны либо должны быть отысканы и только после их обнаружения делается специальное указание, заставляющее отвлекаться от них.

Дело в том, что сила права¹² может быть применена лишь

¹¹ Сделка не может совершаться ради себя самой и не может быть, следовательно, мотивом сделки. Соответственно, есть неустранимая слабость в представлениях, рассматривающих исполнение обязательства как сделку, тем более двустороннюю. Тогда получается, что цель сделки – совершение сделки. Кроме того, при понимании исполнения как сделки утрачивается твердая почва для решения дальнейших вопросов, вытекающих из сделки, договора, обязательства. Некоторые известные исключения, прежде всего предварительный договор, как раз и показывают, что исполнение, кроме этих исключений, принципиально не может быть сделкой. Кстати, раз уж мы затронули предварительный договор, интересно отметить, что его действие состоит в заключении сделки на заранее сформулированных условиях, воля стороны на что-либо иное тем самым игнорируется; оговорки при исполнении предварительного договора ничтожны. Возможны лишь действия в рамках той воли, которая изъявлена ранее. В этом смысле действие предварительного договора обнаруживает автоматизм, присущий и иным договорам. Об этом будет говориться дальше. Другие случаи, когда исполнение обязательства состоит в совершении сделки, это установление обеспечения (залога, гарантии и пр.). Содержание этих сделок также заранее оговаривается. Впрочем, дискуссия о сделочной природе исполнения вовсе не имеет в виду те случаи, когда сторона совершает такие сделки.

¹² Я бы сказал – созидаящая сила права. Эта созидаящая сила состоит в том, что стороны обязательства понуждаются к реальным действиям, к созданию новых ценностей, а отнюдь не в разрушении достигнутого и отбрасывании назад,

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

В конечном счете сделка необходима тогда, когда лицо, полагая материальное впереди как цель и не видя возможности достичь его собственными усилиями, стремится привлечь других людей для достижения цели, используя прежде всего механизм обязательства¹³. Именно поэтому сделка и становится способом установления этого обязательства. При этом сделка совершается без дополнительных материальных источников, лежащих вне человека: усилие, необходимое для выражения воли, всегда имеется в наличии, пока есть воля; возможность совершения сделки объективными препятствиями не ограничена (в отличие от реальных актов). Можно было бы сказать, что она становится столь же удобным и универсальным средством установления связи между людьми, как и деньги, если бы она не была еще проще и доступнее.

Если оценивать сделку как одну из фундаментальных

как это присуще возврату исполненного по российскому праву, – разрушению не только юридическом (отпадение эффекта сделки), но и материальном (возврат вещей и денег).

¹³ Связь между сделкой и обязательством не является, однако, ни прямой, ни обязательной, как это будет показано дальше.

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

Можно также заметить разделение первично синкретического религиозного ритуала на собственно волю, внутренний акт (моление и др.¹⁴) и социально значимые действия, обнаруживающие эту волю. В этом ряду сделка оказывается неизбежным инструментом для установления социальных связей, отличных от грубо вещественных, непосредственно материальных.

Вероятно, сделка не сразу возникла в виде чистой демонстрации воли. В самом общем виде можно предположить, что сначала порождаемая ею юридическая связь нуждалась еще в обязательном опосредовании вещами и развитие сделки шло через переход к условной вещи с дальнейшим отказом от вещи вообще (такова манципация одной монетой, а в

¹⁴ Среди этих других внутренних актов воли обнаруживается и такой важный для религиозного сознания, как согрешение в помыслах.

какой-то мере и на каком-то этапе и весь ритуал манципации отказался от непосредственной связи с вещами¹⁵).

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

Мне бы не хотелось далее вдаваться в теорию сделки, учитывая известный переизбыток литературы по этому вопросу, «приевшейся в обилии», как хорошо (и очень давно) сказал Дювернуа¹⁶, но все же нельзя не заметить, что феномен сделки как волевого действия, направленного на установление социальной связи, конечно, шире не только закона, но и вообще сферы права. Скажем, когда охотники договариваются о распределении своих позиций в предстоящей охоте (а также когда актеры-любители распределяют роли в пьесе и т. д. и т. п.), этот договор по своей природе, по связи воли и ее выражения ничем не отличается от юридической сделки, кроме того, что он не порождает прав и обязанностей, признанных правопорядком (в узком смысле – государством). Но само сообщество охотников добровольно подчиняет себя такому договору¹⁷. Соответственно, требование законности

¹⁵ У других древних народов существовали свои ритуалы для установления обязательств, обычно включавшие клятвы.

¹⁶ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. М., 2004. С. 77.

¹⁷ См. об этом также: Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в со-

сделки не вытекает из существа сделки (как нередко заявляют), но лишь позволяет ей создавать *юридическое* действие, т. е. является одним из признаков той частной, хотя и самой важной, сферы, в которой бытует сделка.

Если воспользоваться понятиями естественного права, которые всегда уместны при обсуждении фундаментальных явлений, то в сделке то доброе и справедливое, которое составляет суть естественного права, до и независимо от права позитивного (из которого, как мы можем видеть, сделка вообще не возникает) выступает как требование к каждому выполнять свои обещания, ведь сделка всегда сводима так или иначе к обещанию. Интересно в этом смысле, что справедливое в *boni et aequi*, как полагает В. Нерсесянц, точнее перевести как «соответствующее»¹⁸, тогда справедливость, состоящая в том, что каждый должен выполнить должное (так ее понимал Ф. Хайек), вполне совпадает с сущностью сделки.

Но это действие сделка имеет независимо от закона, и закон может лишь санкционировать его, но не создать. Гораздо понятнее роль закона в отмене того следующего из сделки должного, что вступает в конфликт с основами жизни общества. Но не зря же естественное право одновременно с *aequitas* требует и *bonis*. Соответственно, действие сделки и

временной немецкой доктрине пандектного права. Т. 1. СПб., 1900. С. 49 и сл.

¹⁸ История политических и правовых учений. Древний мир / Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1985. С. 300–301.

силу естественного права социально полезно и, стало быть, оправданно в тех случаях, когда она существует помимо права публичного.

Когда Д.М. Генкин говорил, что «правомерность или неправомерность не являются необходимым элементом сделки как юридического факта, а определяют лишь те или иные последствия сделки»¹⁹, он верно замечал, что правомерность или неправомерность – это внешняя реакция правопорядка, не способная изменить суть явления. Причины, по которым позитивное право так или иначе реагирует или не реагирует на сделки, совершаемые в жизни, изменчивы и не всегда создают точно определенные границы.

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

Ведь чтобы придать силу действиям отвлеченным, не имеющим прямого, видимого материального результата, людям пришлось прийти к такому порядку, когда это невидимое действие почитается за силу, за действительность. Этот порядок признания силы за тем, что само по себе, иначе как по установлению между людьми и существовать не может, –

¹⁹ *Генкин Д.М.* Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН. Вып. V. М., 1947. С. 50.

и есть право. Эти тривиальные истины есть смысл помнить для того, чтобы не пытаться изменить сделку силами права. Сделка (как, обязательно нужно сказать, и деньги²⁰) первична по отношению к праву и потому находится вне его технических возможностей.

²⁰ Первичность денег состоит, конечно, не просто в том, что они возникли до права, а в том, что деньги, создав куплю-продажу, таким образом породили основные юридические представления, коренящиеся и вытекающие из этого фундаментального отношения.

Природа сделки

Сделка вообще. Недействительная сделка. Можно заметить, что если понятие и действие сделки неизменны по своей природе и даже если становятся предметом дискуссии, то именно с позиций этой неизменности, которую тот или иной автор понял лучше других, то недействительность сделки и последствия ее недействительности, напротив, вещь очевидно изменчивая, отличающаяся от кодекса к кодексу, от правопорядка к правопорядку. Это, конечно, в меньшей степени относится к сделкам с пороками воли, имеющим в себе недостатки, вполне выводимые из воззрений естественного права на волю (и потому в наибольшей степени представленным в сравнительно-правовых штудиях), но весьма ощутимо в прочих, особенно незаконных, сделках. Интересно в этом плане обратиться к феномену ничтожных сделок, которые некоторыми юристами, следующими букве позитивизма, считаются вовсе несуществующими в мире права, в мире юридических фактов.

Можно также заметить, что ничтожные сделки имеют разную природу. Среди тех совершаемых помимо права волевых актов, которые во всем подобны сделкам, кроме того, что их стороны не намерены создавать (передавать и т. д.) права и обязанности, позитивное право (правопорядок) само выбирает некоторые и объявляет их ничтожными в силу

крайней противозаконности – это прежде всего сделки, нарушающие добрые нравы (противные основам правопорядка и т. п.).

Логика закона в этом случае никак не может быть объяснена только реакцией на публичный деликт с целью его превенции и/или наказания. Ведь деликт – это действие по реализации антисоциального соглашения, которое само по себе влечет ответственность. А сделка между тем ничтожна независимо от того, совершат ли ее участники то, о чем договорились. Если наказывается покушение (приготовление), то в наших рассуждениях ничего не меняется.

Лишение сделки, направленной на деликт, юридической силы (или – в системе представлений тех, кто отрицает бытие ничтожной сделки, – статуса юридического факта), квалификация ее как ничтожной никак не препятствуют совершению деликта, поскольку стороны сделки ни в какой поддержке общества не нуждаются, вовсе не собираются поэтому придавать своему соглашению юридическое значение и сами его сделкой в этом смысле не считают.

Не имеют значения и имущественные последствия сделки, противной добрым нравам: во-первых, в большинстве случаев такие последствия вовсе не предусмотрены; во-вторых, сделки считаются ничтожными независимо от получения имущества по такой сделке и до ее исполнения; в-третьих, для целей имущественной санкции совсем не нужно прибегать к квалификации в качестве ничтожной сделки то-

го, что сделкой не является, – есть более подходящие юридические средства.

Очевидно, что стороны вовсе и не хотели создавать права и обязанности при сколь угодно смутном представлении о правах в целом. Эти действия потому и совершаются скрытно, что стороны не собираются прибегать не только к защите права, но и к какой угодно публичности, апеллировать к какой-либо социальности (ибо нельзя считать изолированную группу социумом в точном смысле) вообще. Получается, что правопорядок расценивает некоторые акты как сделки, несмотря на бесспорное отсутствие у сторон намерения создать юридические последствия, только для того, чтобы эти сделки тут же объявить ничтожными. Так, если друзья договорились встретиться в кафе, это, конечно, вообще не сделка ни в каком смысле, в том числе и не ничтожная, но если они договорились побить стекла в том же кафе или, хуже того, поджечь его, то это уже ничтожная сделка.

Но ведь общепризнано, что сделка потому и сделка, что стороны, хотя бы смутно, стремятся создать именно правовые последствия. Именно поэтому уместно покровительство закона сделке, и именно так, видимо, и может быть в конечном счете объяснена вообще связь закона со сделкой.

Однако если стороны антисоциальной сделки относятся к закону (что вообще свойственно деликту) безразлично или негативно, то исчезает принципиально важное качество сделки – намерение сторон создать правовые последствия.

Единственное суждение, которое, как представляется, можно привести в обоснование того, что антисоциальная сделка все же является сделкой, состоит, видимо, в том, что если по этой сделке должны быть переданы деньги или вещи, то хотя бы в этой части мы имеем все же сделку и должны ее запретить. Но, во-первых, не всегда нарушители даже в части создают такую квазисделку²¹. Во-вторых, остается без ответа более принципиальный вопрос: в каком отношении к праву находится поведение сторон, не желающих создать своим соглашением последствия, в принципе подлежащие защите законом?

Не призывая, конечно, к аннулированию самого понятия сделки, нарушающей добрые нравы (из ГК следует элиминировать лишь конфискационную санкцию, данную ст. 169 ГК, что и сделано наконец в процессе текущих или, точнее, спотыкающихся изменений ГК РФ), я бы вновь отметил серьезные неясности в самом обосновании недействительности сделок.

Продолжая наши наблюдения, заметим, что есть другая, гораздо более многочисленная группа недействительных сделок. Это сделки, которые закон квалифицирует как недействительные в силу присущих им отдельных поро-

²¹ Одно дело, когда нанимают за деньги добровольцев проголосовать поддельными бюллетенями, хотя бы им и не заплатили. Но другое – когда «человека человек послал к анчару властным взглядом». Здесь возмездность даже не предполагается (более прозаичные варианты из современной криминальной действительности читатель без труда сформулирует сам).

ков, хотя они совершены намеренно и открыто как сделки. Это – то множество обычных, повседневных хозяйственных сделок, стороны которых имеют намерение именно создать юридические последствия, но сделки эти таковы, что по точному смыслу закона являются недействительными. По самым приблизительным прикидкам подавляющее их большинство никогда не попадает в суд, не аннулируется, спокойно исполняется, и реституция по ним не производится. В то же время оборот имущества по этим сделкам облагается налогами по правилам для действительных сделок²², причем Налоговый кодекс РФ, что весьма замечательно, вообще не нуждается в понятии недействительной сделки, не говоря уже о тонких их градациях, даваемых экзегезой. И в этом с НК согласен, пожалуй, и здравый смысл.

О том же свидетельствует и тот факт, что никто никогда и не пытался вычислить, сколько же недействительных, в том числе ничтожных, сделок оказались фактически действительными, – это занятие не только безнадежное, но и бессмысленное. Очень хорошо об этом сказал Д.И. Мейер: «Ничтожество поражает эти сделки только при соприкосновении их с общественной властью, а независимо от того они существуют точно так же, как и сделки законные, и нередко

²² «...Суды полагают, что недействительность или незаконность гражданско-правовой сделки, если исполнение по сделке произошло, не отменяют ее налоговых последствий» (Сенцова М.В. Юридическая квалификация сделок в целях налогообложения // Закон. 2012. № 1. 124). Эта оценка дается автором как бесспорная.

встречаются в действительности»²³.

Сложившийся правопорядок, стало быть, основан на том, что если недействительная сделка не затрагивает чьих-либо прав (интересов), то она существует в обороте как действительная, как сделка. ГК РФ только отчасти принял эту реальность, сменив в 2013 г. презумпцию ничтожности недействительных сделок (с весьма большими изъятиями, прежде всего касательно продажи чужого, которая, естественно, остается ничтожной) на презумпцию их оспоримости.

Конечно, сторонники той теории, что недействительная (в компромиссном варианте – только ничтожная) сделка не является юридическим фактом (а заслуживает только именованная «юридического нуля»²⁴), скажут: если такова хозяйственная жизнь, то тем хуже для жизни, что громадное коли-

²³ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (по изд. 1902 г.). Ч. 1. М., 1997. С. 179.

²⁴ Эта теория оспаривается, например, с той позиции, что всякая ничтожная сделка – это юридический факт, потому что она является правонарушением (см., например: *Чуваков В.Б.* К теории ничтожных сделок // *Очерки по торговому праву: Сб. статей / Под ред. Е.А. Крашенинникова.* Вып. 15. Ярославль, 2008). Это иногда (статистически – редко) бывает верно, если мы имеем дело со сделкой, состав которой включает в себя деликт, например, в виде насилия или обмана. Но помимо случаев деликта ничтожная сделка имеет все же свойства юридического факта, отличного от правонарушения. Если же сделка, открыто исполненная, сыгравшая роль акта реализации товаров, работ, услуг (по терминологии НК РФ) в гражданском обороте, а также и факта, с которым связан переход прав, осталась не оспоренной в суде, то трудно отрицать за ней значение юридического факта, причем никак не правонарушения. А такова судьба большинства сделок с теми пороками, которые означают «ничтожность саму по себе».

чество существующих в обороте незаконных сделок, несмотря на их несоответствие закону, – это не свойство самого оборота, самой жизни, а лишь досадные, хотя и массовые, недоработки органов власти, государственного принуждения.

Однако это неверно: между сделками и аналогичными актами, которые сделками не являются (назовем их бытовыми соглашениями), существует еще пограничная сфера (при весьма размытых границах) недействительных сделок, далеко не все из которых по своей сути деликты, в том числе латентные. Большинство из них вовсе не квалифицируется в качестве правонарушений, никем не скрывается и открыто заключается и исполняется. При этом, коль скоро никто не обратился за защитой своих прав или интересов²⁵, такие сделки полноценны для оборота и его участников. Стало быть, повседневная жизнь не делит сделки на действительные и недействительные столь категорично, как это делает закон (что, пожалуй, можно расценивать как еще одно проявление вторичности закона (и права) по отношению к сделке, к хозяйству, к жизни).

Впрочем, даже и в случае аннулирования они сохраняют качества юридического факта, но факта особого – недействительной сделки. То, что этот факт не был признан пандектистикой, едва ли должно сводиться лишь к упреку в

²⁵ А если и обратился, то публичная власть далеко не всегда имеет достаточные основания для аннулирования сделки, хотя бы ее пороки и были доказаны.

неполноте известных классификаций, который, скажем, высказывал М. Агарков. Скорее здесь явление некоторой парадигмы, отклонениям от которой посвящена настоящая работа.

* * *

Природа сделки. По существу все сознательные действия одинаковы в том отношении, что без воли, мотивов и цели они не совершаются. Поэтому имеет смысл задуматься над тем, почему же в сделках значение воли так велико, а в поступках, реальных актах и других действиях становится юридически не важным; ведь воля есть в любом сознательном действии и механизм ее реализации, воплощения принципиально один и тот же.

Видимо, сделка имеет специфику, состоящую в том, что она сама по себе вовсе не затрагивает ничего вещественного, материального, она создает связь только идеальную, юридическую: в материальном мире она ничего не меняет. Она потому и такова, что совершается вне процесса воздействия на вещное, материальное окружение. Мне кажется, что это отрицательное, «нереальное», *неутилитарное* качество сделки никак нельзя упускать при анализе, что оно имеет решающее значение. А тот факт, что до сих пор на это разделение не обращалось внимания, объясняется, как мне представляется, сильнейшим влиянием теории вещного договора (распо-

рядительной сделки), одно из следствий которой – размывание границ сделки, распределение ее действия за ее рамки и тем самым утрата строгости в ее понимании.

«Нереальность» не означает нематериальности сделки: сделка всегда действие, т. е. материальна. Но она принципиально *не полезное действие с вещами, не действие по производству полезности вообще*. (Под непосредственной полезностью следует понимать, конечно, и передачу готовой вещи другому человеку.)

Как действие, лишенное полезной материальности, сделка принципиально отлична от иных актов, преследующих жизненные цели своей исключительной направленностью на будущее, на то, что возникает после сделки. Напротив, как только действие человека, имеющее, в отличие от сделки, непосредственную материальную полезность получения искомого блага, достигает его²⁶, оценка волевого содержания этого действия с точки зрения соотношения воли и ее изъявления вовне²⁷, а также соотношения мотивов и цели утрачивает смысл (хотя вполне возможна и оправданна с психоло-

²⁶ Впрочем, и недостижение желаемого результата ничего не изменит в наших рассуждениях.

²⁷ Возвращаясь к юридическим упражнениям, можно сказать, что если дом построен, то именно такова и была цель действий строителя. Та же логика верна и для действия по передаче вещи: вещь передана потому, что такая цель была у человека. Суждения о совпадении воли и волеизъявления применительно к передаче вещи не более уместны, чем применительно к строительству дома.

гической, терапевтической и тому подобных точек зрения)²⁸.

На самом деле не нужно выяснять, какая цель ставилась актором, если она уже достигнута (упущена). С точки зрения возложения риска на того, кто принял решение, также не имеет смысла распределять последствия решения, когда риск уже реализован в виде получения выгоды или иного материального результата и/или понесенных расходов и утрат.

Как действие принципиально неутилитарное сделка противостоит исполнению обязательства, поскольку обязательство выступает как обязанность передать вещь, передать деньги, выполнить работу, оказать услугу, воздержаться от (правомерного) действия. Лишь в тех случаях, когда обязательство прямо требует совершения сделки – обязанность заключить договор, следующая из предварительного договора, обязанность предоставить поручительство, гарантию или иное обеспечение – исполнение обязательства выступает как сделка. Но эти случаи никаких трудностей ни в понимании обязательства, ни в понимании сделки не создают, хотя являются исключениями в том смысле, что не могут быть предметом присуждения по той очевидной причине, что заключение сделки не может быть результатом формального принуждения. В некоторых случаях, впрочем, судебное решение может заменить сделку, как это происходит при уклонении

²⁸ Кроме того, именно отношением к материальной цели оценивается воля в деликте, и этим отличается юридическое значение воли в деликте от воли в сделке.

стороны от исполнения предварительного договора.

Но и здесь везде сделка сохраняет все то же качество действия неутилитарного.

Что же касается исполнения обязательства о передаче вещи, которое и находится в центре дискуссии (и интерпретация которого, как представляется, и породила парадигму удвоения воли, о которой мы будем говорить далее), то оно – действие, несомненно, полезное и сделкой поэтому быть не может.

Не является сделкой и деликт (впрочем, суждение вполне тривиальное) – по той же причине. У деликта есть собственная полезность (которая, как мы теперь понимаем, лишена сама по себе моральности) – не только присвоение или порча чужого имущества, но и, скажем, насилие по отношению к другому человеку, что представляется насильнику как некоторая желательная и вполне материальная цель. Главное в наших рассуждениях лишь то, что деликт – это утилитарный акт, действие, имеющее само по себе полезность для нарушителя (актора). Полезность его, впрочем, не всегда и совсем не обязательно состоит в причинении вреда. Напротив, в случае деликта неумышленного или даже невиновного действия, влекущего ответственность, полезность тем не менее все равно наличествует в самом акте (так водитель, управляя для своих нужд автомобилем, что действие вполне полезное, совершает столкновение с другим).

Удвоение воли

Суждения о принципиальной неутилитарности сделки, при том что они вполне очевидны, тем не менее не высказывались до сих пор потому, что влекут за собой ряд решительных упрощений распространенных представлений, первым среди которых, следуя наблюдению русского цивилиста И.Н. Трепицына, я бы назвал представлениями, основанными на удвоении воли в сделке.

Наиболее наглядным примером такого удвоения можно полагать конструкцию вещного договора, особенно когда она переносится в российское право²⁹. Удвоение состоит, напомню, в том, что вещь якобы отчуждается дважды: в момент заключения договора об отчуждении вещи и в момент

²⁹ Марк Твен говорил, что веру получают всегда из вторых рук и всегда без проверки. Вот такое религиозное качество получил в российской литературе (не всей, конечно) германский вещный договор. Мои авторитетные собеседники, услышав это замечание, высказались в том смысле, что оно уже утратило актуальность, что времена безоглядного увлечения нашей молодежи вещным договором прошли несколько лет назад. На следующий день я получил работу, которая посвящена именно тому, что «концепция вещного договора, господствующая в ФРГ... применима и к регулированию отношений по договорному приобретению недвижимости в РФ» (*Волочай Ю.А.* Гражданско-правовая конструкция приобретения права собственности на недвижимое имущество по договору: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 10). Автор, конечно, обосновала актуальность темы. И такие высказывания вновь и вновь повторяются. Думаю, что все же прав Марк Твен, а не мои собеседники.

передачи самой вещи. Оба акта в рамках таких представлений являются действительными сделками³⁰.

Ценность удвоения (независимо от верности этого представления; напротив, скорее предполагается, что верностью стоит пожертвовать в пользу практических потребностей) объясняется чаще всего нуждами легализации сделки по продаже чужого.

Впрочем, сторонники вещного договора в нашем праве имеют преимущество перед иными отечественными цивилистами, которые полагают действительной продажу чужого имущества и без последующего вещного договора. Ведь если первый акт отчуждения ничтожен, так как никто пока еще не говорит, что дозволительно отчуждать чужое, а второй (вещный договор) вовсе не происходит, то получается, что отчуждения так и не случилось. Стало быть, допускать действительность продажи чужого без вещного договора можно только в одном случае: если не дать себе труда понять, что этого просто не может быть, что само это представление лишено логики и смысла, несостоятельно.

В этом отношении сторонники концепта вещного договора в российском праве похвально отличаются от своих коллег, говорящих о возможности продажи чужого, тем, что они все же как-то сомневались в таких суждениях и для устране-

³⁰ Отдаленным рефлексом этих представлений я бы считал весьма распространенную конструкцию, требующую кроме передачи вещи отдельно передать еще и право собственности.

ния сомнений распространили действие Германского гражданского уложения на другую страну.

Мы уже могли убедиться, что весь процесс совершения любого действия принципиально един³¹: воля формируется вокруг своей цели, и они не могут быть разделены либо раздвоены (умножены) по своей сути. У одной воли не может быть двух целей, так как цель – это и есть (реализованная) воля.

Если целью является совершение сделки, то воля состоит именно в совершении сделки. Сложный договор (обычно соглашения представляют собой множество сделок) является на самом деле множеством связанных вместе волеизъявлений (на этом и основана конструкция частичной недействительности сделки).

Каждая воля достигает (или не достигает) только своего собственного результата, своего изъявления вовне – волеизъявления, которое и является ее целью.

Если применить эти вполне очевидные суждения к акту передачи вещи во исполнение договора об отчуждении вещи, *traditio* (или исполнения обязательства о передаче вещи в собственность, *dare*), то в первую очередь возникает вопрос: насколько уместно квалифицировать это действие как сделку? На мой взгляд, основания для такой квалификации,

³¹ В общем виде такой процесс условно представляется как выбор цели и инициация действия по достижению такой цели: Ильин Е.П. Психология воли. 2-е изд. СПб., 2009. С. 64 (Сер. «Мастера психологии»).

если исходить из самой сущности явлений, отсутствуют.

Иногда, вступая все же в конфликт с логикой, традицию считают сделкой, направленной на прекращение обязательства. При этом под сделкой понимается в данном случае действие, направленное на прекращение обязательства. Но на самом деле прекращение обязательства – мотив, а не цель исполнения.

Давайте убедимся в неверности представления об исполнении как сделке, прекращающей обязательство, в аспекте возможности признания исполнения или его результата недействительным, поскольку в других аспектах, как мы видели выше, исполнение признаков сделки уже не обнаружилось.

Мы видим, что весьма затруднительно обнаружить здесь почву для недействительности передачи; именно потому, что передача – действие утилитарное, достигающее известной полезной цели само по себе, все построения, исходящие из утверждения о возможности лишения этого акта результата, наталкиваются на тот факт, что результат есть помимо права, что передача, стало быть, состоялась и тем самым действительна в том смысле, что владение, созданное ею, наглядно и действительно, и праву эту действительность никак невозможно уничтожить.

Действительность юридическая, приходится напомнить, состоит в возможности права *подействовать* на поведение обязанного лица (должника, как правило). Но здесь это уже

не нужно: вещь уже доставлена, поведение уже завершено. Поэтому состоявшееся исполнение уже не может быть ни действительным, ни недействительным.

Признание же результата исполнения – *владения* – недействительным логически невозможно и практически бессмысленно. Поскольку владение возникло и существует, оно уже тем самым действительно.

Незаконность владения, в отличие от недействительности, имеет иной источник, коренящийся в соотношении сделки отчуждения вещи с волей собственника на отчуждение, т. е. не затрагивает и не ставит под сомнение факт владения и его принадлежность к сфере действительного, к действительности. Незаконным, что вполне очевидно, может быть только наличное, т. е. *действительное*, владение.

Совсем уж нет оснований рассуждать о недействительности работ или услуг, а часто практикуемые попытки противопоставлять разные способы исполнения обязательства (т. е. передачу вещей отделять от выполнения работ или оказания услуг) для облегчения обсуждения их недействительности представляются ущербными из-за принципиально единой волевой природы исполнения.

Но если бессмысленно рассуждать о недействительности исполнения в части работ или услуг ввиду практической невозможности их возврата, то обсуждение недействительности передачи вещи, кажется, такой возможности не лишено. Однако коль скоро такой возврат не отменяет самого обя-

зательства, то его практическая возможность лишена, однако, и юридического, и практического смысла (нельзя требовать того, что будет сразу же возвращено должнику³²).

Квалификация передачи вещи в качестве реального акта³³ (поступка), но не сделки, как в немецком праве, кажется более последовательной в проведении взгляда на сделку как

³² Р. Циммерман приводит это правило среди тех принципов, которые входят в фундамент европейской правовой культуры (*Циммерман Р.* Римское право и европейская культура // Вестник гражданского права. 2004. № 4 (Т. 7). С. 216). С. Сарбаш обосновывает тот же вывод в рамках теории совпадения, которая лишает исполнение возвратного действия ввиду волевых пороков, если фактически исполнение завершено. Компромиссом в позиции С. Сарбаша я бы назвал его суждение о том, что «волевой характер не имеет первостепенного значения для юридического характера исполнения» (*Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 10–11). На самом деле, коль скоро исполнение состоялось, воля (точнее, пороки воли) исполнителя уже не имеет также и второстепенного значения.

³³ Общая оценка соотношения сделки и реального акта такова: сделки содержат одну или больше деклараций о намерениях с добавлением последующего акта, который, поскольку его больше не нужно поддерживать специальным намерением при совершении, именуется реальным актом (*Realakt*). Так, передача собственности в соответствии с § 929 *BGB* требует вещного договора и передачи фактического владения, причем передача, как и вещный договор, не требует специального намерения (*Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford; Portland (Or.), 2006. P. 27–30). Дело, однако, в том, что реальный акт не только не нужно поддерживать особой волей, но, более того, недопустимо требовать после сделки снова проявления воли, ее подтверждения, так как подобный взгляд на исполнение исходит из ошибочного допущения, что воля может быть пересмотрена после совершения сделки и потому нуждается в повторении (обновлении, подтверждении и т. д.). Именно из-за непонимания этого обстоятельства и возникли тупики в интерпретации передачи собственности в нашем правоведении.

на акт неутилитарный, о чем уже говорилось (передача вещи имеет, очевидно, непосредственную полезность). Поэтому она кажется предпочтительной по сравнению с различными попытками трактовать передачу вещи как ту или иную сделку (хотя все же не обходится без помощи фикции), в том числе по сравнению с квалификацией исполнения как сделки по прекращению обязательства.

Обе квалификации исходят, впрочем, из того, что передача вещи – сознательное действие, направленное именно на вручение вещи другому лицу (его участие требует признать это действие совместным, что в данном случае не обсуждается).

Различия интерпретаций, если довести рассуждение до конца, состоят лишь в том, что в одном случае считается, что воля на передачу права уже выражена раньше, в договоре, причем эта воля проявилась как действие договорного обязательства, подлежащего исполнению без всякого нового изъясления воли на передачу права, а в другом случае считается, что новый, повторный договор о передаче права «мысленно присоединяется» к реальному акту передачи вещи.

Преимущество обоих подходов состоит в том, что в их рамках предприняты попытки создать логичный механизм связи между волей обладателя права и переходом права.

Отсутствием такой логики (и, пожалуй, всякой логики) страдает удвоение, которое возникает у тех российских цивилистов, которые считают передачу вещи и сделкой, пре-

кращающей обязательство (при этом, как уже отмечалось, по сути, смешиваются цель и мотив сделки, если это сделка), и одновременно сделкой, «передающей» право собственности.

Получается, что одно действие – это две сделки или одна сделка с двумя целями. Сторонники этих взглядов и не стремятся выбрать один из этих двух вариантов; впрочем, любой из них ошибочен и оставляет всю теорию в тупике.

Детальное изучение психологами процессов формирования и выражения воли не дает никаких оснований для любого допущения, что воля может иметь более одной цели. Вопрос о множественности возникает только в аспекте трудности формирования воли при множественности (или неясности) мотивов, вплоть до паралича воли при взаимоисключающих мотивах³⁴

³⁴ См.: *Леонтьев А.Н.* Воля // Вестник Московского университета. Сер. 14. Психология. 1993. № 2. С. 3–14. Иоанн Дунс Скот полагал, впрочем, что воля может удерживаться от акта воления и в том случае, «когда ей явлено блаженство» (Блаженный *Иоанн Дунс Скот*. Избранное. С. 469, 506–507). Здесь показана производность уже не только права от сделки, но и сделки, т. е. воли, от жизненных нужд.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.