

**Артем Георгиевич Карапетов**

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
зав. кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

Доктрина условных сделок в России находится в зачаточном состоянии. Такие сделки воспринимаются как редкие исключения, а не ординарные правовые явления. Автор статьи предлагает посмотреть на сделки, содержащие потестативные и смешанные условия под новым углом зрения, позволяющим обнаружить условие во многих традиционных обязательственных отношениях. На основе иностранного опыта регулирования условных обязательств и собственного политико-правового анализа автор выдвигает предложения по совершенствованию российского гражданского законодательства.

Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права

В начале 2009 г. Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства был согласован и опубликован проект Концепции совершенствования гражданского законодательства, составной частью которого является проект Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее — проект Концепции, проект). Этот проект в случае его окончательного принятия может стать основой для дальнейшего совершенствования ГК РФ.

¹ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 6–101.

Учитывая, что проект опубликован в целях обсуждения, позволим себе комментарий к некоторым его положениям, касающимся регулирования условных сделок, в которых условие зависит полностью или частично от одного из контрагентов. Оттолкнувшись от соответствующих предложений Концепции и критически их осмыслив, мы попытаемся в этой статье предложить дорожную карту регулирования такого рода условных сделок.

I. Постановка проблемы

Правовая доктрина условных сделок — одна из наиболее интересных и сложных в гражданском праве. К сожалению, в современной российской юридической науке анализ этого института носит весьма поверхностный характер. По большому счету никакой внятной и сколько-нибудь детализированной доктрины условных сделок в нашем праве сейчас нет, что приводит к значительным сложностям в правоприменении. Оставленные без научной поддержки и четких инструкций, отечественные суды зачастую не в состоянии адекватно разобраться в сложных хитросплетениях условий, которыми контрагенты оговаривают свои обязательства. А когда российскому судье сложно понять, насколько правомерна та или иная нетипичная конструкция, зачастую его первое желание — признать эту конструкцию недействительной. Такова инерция советского правового мышления, максимально ограничивавшего свободу договора и опиравшегося преимущественно на императивный элемент в праве. Тем временем анализ судебной и договорной практики показывает, что у предпринимателей и обслуживающих их юристов существует серьезный спрос на договорные модели, построенные на основе института условных сделок. Причем замечено, что элементы условной сделки особенно востребованы в крупных поставочных контрактах, подрядных проектах и инвестиционных сделках, в том числе по слиянию и поглощению. Редкая сделка по приобретению корпоративного контроля обходится без массы отлагательных или отменительных условий, многие из которых зависят от самих контрагентов.

В связи с этим развитие научной доктрины условных сделок является крайне важной задачей, стоящей перед отечественной цивилистической наукой и законодателем. Лаконичность норм ГК РФ, сконцентрированных в ст. 157 Кодекса, не дает ответов на большинство возникающих в практике вопросов, и корректировка и дополнение законодательства в данной сфере более чем уместны.

В связи с этим не приходится удивляться, что в проекте Концепции предлагается несколько новелл, касающихся института условных сделок. В частности, в центре внимания авторов проекта находится вопрос о допустимом содержании отменительного и отлагательного условий. На сегодня накопился значительный объем судебной практики арбитражных судов, свидетельствующий о том, что основной проблемой этого института является неопределенность в вопросе о том, какие условия стороны выбирать вправе, а какие нет. В проекте Концепции предлагается установить в ГК РФ правило, согласно которому стороны вправе поставить юридическую силу сделки под условие, «если иное не вытекает из существа сдел-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

ки, потребности в определенности правовых отношений и предсказуемости принадлежности имущественных прав участников оборота» (п. 2 § 1 разд. IV). В частности, предлагается запретить условия, зависящие исключительно или преимущественно от воли одной из сторон, а также условия, по которым кредитор приобретает собственность или иное имущественное благо в случае нарушения должником обязательства.

В центре настоящей статьи анализ предложения о запрете условий, зависящих от одной из сторон договора.

Если условие зависит исключительно от одной из сторон, оно называется потестативным. Если же оно зависит от контрагента частично или даже преимущественно, то согласно континентально-европейской традиции его называют смешанным.

В российской судебной практике последних лет немало решений, в которых суды запрещают такого рода условия и признают сделки недействительными либо серьезно задумываются о законности таких правовых конструкций². Например, многие суды признают невозможным установить в договоре отлагательное условие в виде указания на действие одной из сторон договора (сдача здания в эксплуатацию³, выселение⁴ и т. п.)⁵. Обширна судебная практика по делам, где со ссылкой на незаконность оспариваются условия, зависящие от одной из сторон лишь частично (получение кредита покупателем, оформление договора залога, регистрация эмиссии акций, регистрация права собственности и др.)⁶. Какой-то однозначной позиции по отношению к такого рода условиям российские суды пока не выработали.

По большому счету никакого политико-правового обоснования запрета условий, зависящих от стороны по договору, суды не приводят и даже, по всей видимости, не подразумевают. Логика в этом случае чисто формально-догматическая и достаточно спорная. Например, в ст. 157 ГК РФ прямо не утверждается, что условие не может зависеть от воли сторон. Однако указанная статья устанавливает, что условие должно касаться события, которое не должно наступить неизбежно. При буквальном прочтении кажется, что нет никаких оснований для того, чтобы вывести жесткий запрет на условия, зависящие от действий одной из сторон, из требования о неизвестности факта наступления условия в будущем. Когда заключается условная сделка с потестативным условием, никто не может точно знать, что соот-

² Обзор судебной практики по этой теме см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общей ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 254–261.*

³ *Постановление ФАС Волго-Вятского округа № А28-1022/2004-284-17.*

⁴ *Постановление ФАС Северо-Кавказского округа № Ф08-3832/2003.*

⁵ *Правда, встречаются и обратные решения, когда суды признают возможным установить в качестве условия действия одной из сторон договора. См., напр.: постановления ФАС Северо-Западного округа № А42-9694/03-7, ФАС Поволжского округа № А55-14861/04-16 и др.*

⁶ *См., напр.: постановления ФАС Северо-Кавказского округа № Ф08-3202/2005, ФАС Московского округа № КГ-А41/10103-06, № КГ-А40/2664-08, № КГ-А40/7196-04, ФАС Уральского округа № Ф09-2709/02-ГК и др.*

ветствующее действие будет произведено, даже если одна из сторон в момент заключения договора абсолютно уверена в том, что она это условие обеспечит. Между тем некоторые суды готовы признавать условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон. В этом случае судам кажется, что такой вывод более формально-логически увязывается с отраженным в ст.157 ГК РФ требованием неизвестности факта наступления условия: мол, раз в ГК РФ написано о неизвестности, значит, вероятнее всего, имеется в виду случайность. А случайность на то и случайность, что не должна зависеть от сторон договора. На самом же деле из указания в законе на вероятностный характер будущего условия неизбежно вывод о недопустимости потестативных и смешанных условий не следует.

Попытаемся разобраться в тех политико-правовых мотивах, которые могут обосновывать или, наоборот, опровергать ограничение на согласование условных сделок с потестативными условиями.

В проекте Концепции обращается внимание на распространение судебной практики, которая отвергает условия, зависящие полностью или частично от одного из контрагентов (в проекте они обозначаются как потестативные), и допускает только условия, не зависящие от сторон. Разработчики проекта предлагают признать законность потестативных условий, но при этом объявить вне закона такие *потестативные условия, которые исключительно или преимущественно* зависят от воли одной из сторон контракта. При таком подходе получается, что если условие зависит от действий одного из контрагентов, но в равной или даже большей степени зависит от действий неких третьих лиц или случайного события, то такое потестативное условие будет считаться законным. Если же наступление условия зависит полностью или в большей степени от одного из контрагентов, оно будет считаться недействительным.

Следует отметить небольшую терминологическую путаницу. Дело в том, что потестативным в традиционной европейской доктрине признается условие, зависящее *исключительно* от воли одной из сторон договора. Те же условия, которые зависят от контрагента лишь частично (в том числе и преимущественно), обозначаются как смешанные. Соответственно указание в проекте Концепции на желание легализовать потестативные условия в сочетании с предложением запретить условия, зависящие от контрагента исключительно или преимущественно, выглядит терминологически противоречивым. Если уж брать романскую терминологию на вооружение, то следует ее использовать в традиционном ключе. Более корректно идею авторов проекта Концепции можно сформулировать следующим образом: необходимо легализовать смешанные условия, в которых зависимость от одного из контрагентов не носит преимущественного характера, но запретить потестативные и те смешанные условия, в которых участие контрагента носит преимущественный характер.

По существу такое решение выглядит как некий разумный компромисс между полной легитимизацией потестативных и смешанных условий, с одной стороны, и полным их запретом — с другой. Однако, прежде чем судить о его разумности, хотелось бы услышать четкие политико-правовые обоснования ограничения свободы договора.

К сожалению, в тексте проекта Концепции никакого политико-правового обоснования нет. Впрочем, такова особенность отечественной гражданско-правовой доктрины, зачастую трансцендентально оторванной от потребностей граждан и оборота и не считающей нужной аргументировать свои предложения со ссылками на такие факторы, как справедливость, этика, права человека и свобода личности, экономическая эффективность и т. п. Выводы о целесообразности тех или иных новелл нередко основаны на (1) личной научной интуиции автора идеи, (2) более логичном и симметричном согласовании между собой нескольких разрозненных фраз в тексте ГК и сложившихся цивилистических концепций, а также (3) опыте зарубежного права или (4) наработках дореволюционных и советских правоведов. Попыток провести самостоятельный политико-правовой анализ, чтобы опровергнуть, подтвердить или обосновать необходимость модификации уже выработанных кем-то ранее идей или выдвинуть и аргументировать свои, в российском правовом дискурсе не так уж много. Вполне в духе этой «славной» отечественной традиции, заложенной отчасти еще до революции, в проекте Концепции в обоснование ограничения на потестативные и смешанные условия делается ссылка на то, что такое ограничение закреплено в германском, французском, итальянском, швейцарском и австрийском законодательствах. Дополнительных аргументов, видимо, разработчикам проекта не требуется. Все ясно и логично: раз в праве нескольких зарубежных стран это решение встречается, значит, и думать не надо — бери да копируй.

Между тем необходимо всерьез разобраться в политико-правовой целесообразности этой идеи, чтобы иметь ясное и отрефлексированное понимание как сути проблематики, так адекватности предлагаемых решений. В связи с этим проведем политико-правовой анализ конкретных вариантов потестативных/смешанных отлагательных и отменительных условий, выявим желательное *de lege ferenda* регулирование этих частных ситуаций, а затем попробуем индуктивно прийти к обобщенному решению, способному оптимальным образом сбалансировать принцип свободы договора и иные политико-правовые ценности. Полученное таким образом решение может быть воспринято как исходный материал для более выверенного уточнения гражданского законодательства.

Отметим, что мы считаем предлагаемое в проекте Концепции решение в целом неадекватным, ограничивающим свободу договора без внятных политико-правовых на то оснований и неверно считающим опыт зарубежных правопорядков.

Зарубежный опыт

Попытаемся разобраться, действительно ли и в развитых зарубежных странах потестативные и смешанные условия запрещены.

Сравнительно-правовой анализ начнем с *английского права*. Здесь признается институт условных сделок (*conditional agreement*) — договоров, чья юридическая сила поставлена под отлагательное условие (*condition precedent*) или отменительное условие (*condition subsequent*). Причем спецификой английского права является

ся в том числе и выделение так называемых обязательственных условий (*promissory condition*). Обязательственное условие считается согласованным, если на одну из сторон договора возлагается обязанность обеспечить наступление условия. Например, в отсутствие доктрины синаллагматической связи английские юристы обосновывают взаимоотношения встречных обязательств сторон посредством идеи о том, что исполнение обязательства первой стороной служит отлагательным условием, наступление которого необходимо для возникновения встречного обязательства. Если, скажем, покупатель не внес предоплату, то считается, что не наступило условие, создающее встречное обязательство поставщика по поставке⁷.

При этом возможность согласования потестативных условий в Англии ограничивается за счет доктрины иллюзорного встречного предоставления (*illusory consideration*), одна из импликаций которой запрещает согласование обязательства, дающего должнику права по собственному усмотрению уклониться от исполнения (по модели «исполню, если захочу» или «исполню, если не передумаю»). При наличии такого рода условия в контракте требование об исполнении встречного обязательства, взамен которого дается подобное иллюзорное обещание, может быть судом не поддержано со ссылкой на то, что ответчик не получает по условиям договора полноценного встречного предоставления (*consideration*), по общему правилу являющегося обязательным условием юридической силы двустороннего контракта. При этом сторона, давшая по договору иллюзорное обязательство, все же получает право требовать встречного исполнения, если она не воспользовалась своим правом воздержаться от исполнения и решила его все же произвести. Поэтому по большому счету наличие иллюзорного обязательства не является основанием для признания сделки недействительной, а лишь парализует возможность судебной защиты требования об исполнении встречного неиллюзорного обязательства, по крайней мере до тех пор, пока иллюзорное обязательство не будет исполнено⁸.

Доктрина условных сделок получила свое развитие в праве США. Согласно 2-му Своду договорного права (*Restatement Second of Contracts*) условием в условной сделке является событие, наступление которого не гарантировано, но необходимо для возникновения обязательства по договору (§ 224). Как отмечается в наиболее авторитетных учебниках договорного права США, условием может быть практически любое событие. Условие может не зависеть ни от чьей воли и быть случайным — например, обязательство страховой компании выплатить страховое возмещение в случае наступления страхового случая. Оно может зависеть от действий третьей стороны — например, положение в договоре купли-продажи недвижимости, обуславливающее возникновение обязательства по оплате дома одобрением банком ипотечного кредита на покупку этого дома. Наступление этого события может зависеть от кредитора, как в случае условия договора страхования, по которому обязательство страховщика по выплате возмещения поставлено под условие предоставления страхователем в течение определенного срока после произошедшего страхового случая соответствующих доказательств. Или от самого должника, как в случае с условием договора об обязательстве оплатить услуги

⁷ Подробнее см.: Treitel G.H. *The Law of Contract*. London, 2003. P. 62ff.

⁸ *Ibid.* P. 84–85.

по покраске дома при условии добросовестного удовлетворения качеством оказанных услуг⁹.

Кроме того, в праве США также выделяется институт обязательственных условий (*promissory condition*), которые вменяют одной из сторон в обязанность обеспечить наступление определенного условия. Так же как в Англии, эта доктрина позволяет обосновать право стороны, обязанной осуществить встречное исполнение, приостановить свое исполнение или отказаться от него в случае неполучения исполнения от первой стороны. В данном случае считается, что первая сторона, не осуществившая свое исполнение, не обеспечила наступления отлагательного обязательственного условия, что исключает возникновение обязательства у второй стороны¹⁰.

Американское право стремится в некоторых случаях исправлять перекосы, возникающие при согласовании (пользуясь континентально-европейской терминологией) потестативных условий, зависящих исключительно от усмотрения должника. Например, если встречное обязательство одной стороны поставлено под условие удовлетворенности от исполнения полученного ранее от контрагента, суды стремятся понимать критерий удовлетворенности объективно, а не субъективно, т. е. суд пытается установить, имелись ли объективные основания для неудовлетворенности в полученном исполнении¹¹.

Знает право США также и институт иллюзорных обязательств — обязательств, исполнение которых поставлено под условие субъективного усмотрения должника. Раньше суды, следуя, видимо, английской модели, не признавали такое обязательство полноценным встречным удовлетворением (*consideration*). В частности, если в договоре предусматривалось, что поставщик обязуется поставить столько угля, сколько запросит покупатель, а покупатель обязуется оплачивать столько угля, сколько он решит заказать, суды отказывали покупателю в защите, считая, что поставщик по условиям договора не получает требуемого встречного удовлетворения. Иными словами, продавец не является обязанным отгружать товар по запросам покупателя, так как встречное обязательство покупателя иллюзорно. Но в последнее время суды сменили тактику и стали более бережно относиться к свободе договора, стараясь за счет различных фикций оставить его в силе. Из в общем-то иллюзорного обязательства оплатить столько товара, сколько покупатель посчитает нужным заказать у поставщика, суд может путем толкования сформировать подразумеваемое условие осуществлять покупателем его усмотрение добросовестно, что лишает обязательство иллюзорности и вводит объективный критерий оценки¹².

Из приведенного анализа видно, что и английское и американское право в принципе знакомо с институтом условных сделок и подразделением условий на отла-

⁹ *Farnsworth E.A. Contracts. 4-th ed. New York, 2004. P. 503ff.*

¹⁰ *Ibid. P. 503–523.*

¹¹ *Ibid. P. 520.*

¹² *Ibid. P. 77–79.*

гательные и отменительные. Кроме того, согласно англо-американскому праву условными могут быть как договоры в целом, так и отдельные обязательства по ним. Что особенно характерно для американского права, признаются условия случайные, зависящие от действий третьих лиц, от усмотрения кредитора, а также от усмотрения самого должника. В последнем случае как в Англии, так и в США некоторые ограничения возникают в связи с доктриной иллюзорного обязательства, оспаривающей юридическую силу обязательств, поставленных под условие выражения одностороннего волеизъявления должником. Ограничений на включение в договор условий, зависящих от действий кредитора, в праве этих стран не встречается.

Достаточно подробно разработанная доктрина условных сделок существует во Франции. Точнее, здесь принято говорить о возможности поставить под отлагательное или отменительное условие обязательство той или иной стороны. Как и в странах общего права, во Франции акцент делается на условном характере того или иного обязательства, а не на сделке в целом. Во французском праве выделяют условия случайные, смешанные и потестативные. Эта терминология впоследствии стала общепринятой. Случайным условием является условие, которое зависит от случайности и ни в коей мере не находится в пределах контроля одной из сторон договора (ст. 1169 ФГК). Смешанное условие — это условие, зависящее частично от воли одного из контрагентов и частично от воли других лиц или неких объективных явлений вне контроля сторон. Потестативным же условием называют условие, наступление которого или воспрепятствование наступлению которого находится во власти одной из сторон договора (ст. 1170 ФГК). В классических учебниках по гражданскому праву обычно отмечается, что потестативные условия, в свою очередь, разделяются на два вида: просто потестативные и чисто потестативные. Просто потестативные условия — это условия, наступление которых зависит от воли одного из контрагентов, сопряженной с определенными внешними действиями или событиями (например, «я продам тебе дом, если смогу найти подходящую квартиру в другом городе»)¹³. Чисто потестативные условия — это условия, зависящие исключительно от воли одной из сторон по модели «обещаю сделать то-то, если посчитаю нужным»¹⁴. Правда, как отмечается в современной литературе, в последнее время французское гражданское право начинает игнорировать это разделение, так как просто потестативное условие трудно отличить от смешанного условия. Судебная практика последнего времени называет те условия, которые зависят частично от воли одного из контрагентов, а частично от внешнего действия, также смешанными. Таким образом, согласно доминирующей сейчас классификации условия разделяются на случайные, потестативные и смешанные¹⁵.

Потестативное условие может зависеть от воли кредитора или от воли должника. Но запрещенным законодательно в силу ст. 1174 ФГК является только потестативное условие, зависящее исключительно от воли должника. Другие виды усло-

¹³ Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* Oxford, 1988. С. 261–262.

¹⁴ Морандьер Л.Ж., де ла. *Гражданское право Франции / пер. с франц. Е.А. Флейшиц. М., 1960. Т. 2. С. 614–615.*

¹⁵ Nicholas B. *The French Law of Contract.* Oxford, 2003. P. 161.

вий не запрещены, в том числе и такие, когда условие зависит частично от действий должника, а частично от действий третьих лиц, а также такие, которые зависят исключительно от воли кредитора или третьих лиц¹⁶.

Объяснение запрета на потестативные условия на стороне должника осуществляется со ссылкой на то, что (1) не может существовать обязательство, которое должник осуществлять на самом деле не обязан (догматический аргумент)¹⁷, а также (2) на необходимость защитить кредитора, при наличии на стороне должника потестативного условия оставленного один на один с усмотрением должника, который может как обеспечить необходимое условие и соответственно исполнить договор, так и сколь угодно долго держать кредитора в неопределенности или вообще никогда так и не обеспечить наступление условия (аргумент о справедливости).

Таким образом, запрет на смешанные условия в ФГК не закреплен. Но отграничение потестативных условий на стороне должника от смешанных условий на его же стороне не является простым и механическим процессом и требует от судов определенных усилий. При этом, как отмечается в литературе, суды проводят политико-правовой анализ конкретного условия, чтобы определить его корректность. В частности, условие о том, что должник заплатит, если захочет, представляет собой потестативное и не имеет юридической силы. А как быть с обязательством вернуть кредит при условии, если должник продаст квартиру? Данное условие не является потестативным, так как продажа предполагает нахождение покупателя и заключение с ним договора, а это означает, что наступление условия зависит уже от действий не только должника, но и неких третьих лиц. Такое условие не должно считаться запрещенным, так как является смешанным. Но суды смотрят на классификацию условий скорее прагматически, исходя из разумности соответствующего результата. Если смешанное условие отдает интерес кредитора в получении исполнения в произвольную экономическую власть должника, которая, несмотря на формальное наличие воли третьего лица, почти не ограничена, то суд будет склоняться к тому, чтобы подвести данное условие под правило о запрете потестативных условий на стороне должника, особенно если при обратном подходе будет иметь место неосновательное обогащение. Например, как указывается в литературе, обязательство продать мебель, в случае если продавец найдет покупателя на свой дом, не вызывает у судей политико-правовых возражений. Вместе с тем обязательство вернуть кредит, поставленное под условие продажи дома третьему лицу, дает должнику возможность удерживать деньги по своему усмотрению практически бесконечно и соответственно может вызвать негативную реакцию суда¹⁸. Как отмечают многие авторы, если запрещается потестативное условие на стороне должника, то следует ограничить и возможность согласования смешанного условия на его стороне, если действие должника представляет собой необходимое условие наступления смешанного условия и, следовательно, наступление этого условия находится в любом случае на усмотрении должника. Правда, в литературе иногда отмечается, что, если из контракта вытекает обязан-

¹⁶ *Nicholas B. Op. cit. P. 161.*

¹⁷ *Морандьер Л.Ж., де ла. Указ соч. С. 615.*

¹⁸ *Nicholas B. Op. cit. P. 163.*

ность должника совершить необходимые действия, без которых отлагательное условие не наступит, такое потестативное условие следует считать действительным, но несовершение должником этих действий приводит к тому, что условие будет считаться наступившим¹⁹.

Необходимо отметить, что никаких проблем с потестативным условием на стороне кредитора во французском праве нет. В изначальном проекте ФГК предлагалось запретить любые потестативные условия, но по настоянию Кассационного трибунала запрет был сужен только до случаев, когда наступление условия находится под полным контролем должника²⁰. В литературе приводится в качестве примера допустимого потестативного условия, зависящего от воли кредитора, условие опционного договора купли-продажи, согласно которому продавец обязуется продать дом, если покупатель в течение определенного времени решит реализовать свой опцион и заявит о своем желании дом купить²¹.

Между тем во французском праве существует один очень важный нюанс. Если договор носит синаллагматический характер, то применение запрета на потестативное условие на стороне должника в отношении одного из обязательств не означает недействительности всего договора. Французские цивилисты XIX в. считали, что, если одно из обязательств синаллагматического договора оказывается поставленным под потестативное условие на стороне должника, это приводит к недействительности только этого обязательства и не отменяет встречное обязательство, тем самым трансформируя договор в односторонний²². В современном праве этот вопрос вызывает разночтения. Некоторые авторы считают, что весь договор должен признаваться недействительным в силу отпадения каузы встречного исполнения. Другие, ссылаясь на то, что в таком договоре каждая из сторон является как должником, так и кредитором, допускают сохранение всего договора в силе²³. Если обязательство покупателя оплатить цену поставлено под потестативное условие, зависящее от воли самого покупателя, то таким же образом поставлено под это же условие и его требование по поставке товара²⁴. Политико-правовое обоснование, которое приводится во французском праве, достаточно простое: в этом случае нет повода ограничивать свободу договора, потому что продавец не оказывается в произвольной власти покупателя, так как покупатель может осуществить эту свою власть только за счет потери права требовать поставки товара. Однако ситуация не столь простая. Если кредитор уже выполнил свое обязательство (например, продавец уже поставил

¹⁹ *Обзор французских источников на эту тему см.: Coninck de J. Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition // 6 European Review of Private Law. 2007. P. 859.*

²⁰ *Palmer V.V., Plauché A.L. Jr. A Review of the Louisiana Law on Potestative Conditions // 47 Tul. L. Rev. 1972–1973. P. 286.*

²¹ *Nicholas B. Op. cit. P. 160; Морандьер Л.Ж., де ла. Указ. соч. С. 614–615.*

²² *Coninck de J. Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition. P. 861.*

²³ *Обзор мнений французских юристов по этой проблеме см.: Coninck de J. Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition. P.861, 869–870. Также см.: Treitel G.H. Op. cit. P. 262.*

²⁴ *Nicholas B. Op. cit. P. 165.*

товар), а встречное обязательство (например, по оплате) поставлено под потестативное условие на стороне должника, то в связи с таким условием в суде могут возникнуть проблемы в силу того, что поставщик, уже поставивший товар, оказывается оставленным на произвол покупателя, который может избежать наступления условия и, следовательно, оплаты сколь угодно долго. Как отмечается в литературе, в таких ситуациях суды могут, учитывая конкретные обстоятельства, в политико-правовых целях вмешаться в свободу договора при установлении потестативного условия на стороне должника, чтобы защитить кредитора от произвола должника²⁵.

Интересно, что в Проекте реформы обязательственного права Франции, недавно подготовленном по поручению Министерства юстиции Франции, предлагается убрать из текста кодекса подробные определения случайных, смешанных и потестативных условий со ссылкой на неопределенность этих определений, но сохранить запрет на потестативные условия на стороне должника. При этом предлагается оговорить запрет одним исключением, знакомым англо-американскому праву: если обязательство должника уже исполнено, то оспаривать его действительность по причине того, что оно находилось под потестативным условием на стороне должника, нельзя (ст. 1175 Проекта реформы обязательственного права Франции)²⁶.

Вслед за Францией запрет на потестативные условия на стороне должника с теми или иными модификациями повторили законодатели других правовых систем романской правовой группы: Испании (ст. 1115 ГК Испании), Италии (ст. 1355 ГК Италии), Луизианы (ст. 1170 ГК Луизианы) и Квебека (ст. 1500 ГК Квебека). При этом возможность согласования потестативного условия, зависящего от кредитора, в этих странах, как и во Франции, не ставится под сомнение.

В отличие от романской правовой семьи запрет на потестативные условия не был воспринят в гражданских кодификациях стран германской группы. В частности, швейцарское законодательство не вводит никаких ограничений в отношении потестативных условий, а в ст. 155 Обязательственного кодекса Швейцарии недвусмысленно указывает на допустимость установления в качестве условий действия одной из сторон договора.

В нидерландском праве, где допускается возможность поставить под условие как весь контракт, так и отдельные обязательства по нему, норма, запрещающая потестативное условие на стороне должника, ранее была закреплена в прежнем ГК Нидерландов, находившемся под сильным влиянием ФГК, но в новом кодексе эта идея не нашла отражения²⁷. Тем не менее в современной литературе можно встретить указания на отсутствие юридической силы у потестативного условия, зависящего исключительно от усмотрения должника²⁸.

²⁵ *Nicholas B. Op. cit. P. 166.*

²⁶ *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription / ed. by P. Catala. English Translation by J. Cartwright and S. Whittaker. Доступно в Интернете: <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/research.shtml>.*

²⁷ *Coninck de J. Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition. P. 857.*

²⁸ *Hartkamp A.S., Tillema M.M.M. Contract Law in the Netherlands. The Hague, 1995. P. 99.*

Законодательство Германии допускает условные сделки (ст. 158–162 ГГУ), но прямо также не вводит ограничений на потестативные условия. Так что ссылка авторов проекта Концепции на то, что запрет на потестативные условия закреплен в законодательстве Германии, некорректна. В одних классических учебниках гражданского права высказывалась идея о том, что нет необходимости запрещать чисто потестативные условия²⁹. В других же предлагалось считать невозможным существование условия, зависящего исключительно от произвольного усмотрения должника³⁰. Мнение о том, что чисто потестативные условия на стороне должника не являются оптимальной конструкцией, высказывается и другими германскими юристами, хотя речи о тотальном запрете на такие условия, судя по доступным автору настоящей статьи источникам, не идет³¹. В современных германских законодательстве и правовой науке признается множество вариантов легального использования потестативных условий. В одном из самых авторитетных комментариев ГГУ указывается, что условие в сделке может зависеть от усмотрения одной из сторон, хотя это и является на практике скорее исключением. В качестве примеров приводятся ст. 454 ГГУ, прямо указывающая на то, что при продаже товара с условием испытания договор «считается заключенным под отлагательным условием одобрения товара покупателем», а также ст. 456 ГГУ, которая разрешает в договоре купли-продажи указывать право продавца в одностороннем порядке заявить об обратном выкупе проданного товара. Отмечается также, что указание в договоре на право одной из сторон заявить об одностороннем отказе от договора рассматривается как легальное потестативное отменительное условие³².

Кроме того, международные акты унификации договорного права также не вводят каких-либо ограничений в отношении потестативных условий. В частности, Принципы европейского контрактного права содержат ряд норм, касающихся условных сделок, но нормы о запрете потестативных условий не предусматривают (ст. 16:101–16:103). Правда, в комментарии к ст. 16:101 указывается на то, что не может считаться полноценным обязательством обещание, настолько сильно зависимое от стороны договора (видимо, имеется в виду должник), что означает полное отсутствие у него договорного обязательства.

В конце 2007 г. был опубликован проект документа под названием «Общая система координат европейского частного права» («Draft Common Frame of Reference (DCFR) for a European Private Law»)³³, подготовленного с подачи Европейской комиссии несколькими специально созданными рабочими группами европейских цивилистов и претендующего на роль методологической основы

²⁹ Эннекверус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 2. М., 1949. С. 288.

³⁰ Дернбург Г. Пандекты. Т. I. С. 297.

³¹ Treitel G.H. *Op. cit.* P. 262.

³² Подробнее см.: Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB*. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn. 10.

³³ Текст проекта см.: <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.pdf>.

для возможной унификации договорного права Европы. В ст. (III) 1:106 этого крайне обсуждаемого в настоящее время европейскими юристами документа прямо регулируются условные сделки, но запрет на потестативные условия не вводится.

Наконец, в обсуждаемом сейчас в рамках УНИДРУА проекте новой главы Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, специально посвященной условным сделкам, на момент написания настоящей статьи положение о запрете на чисто потестативные условия не отражено³⁴. В изначальной редакции проекта соответствующей главы Принципов УНИДРУА такой запрет на потестативные условия на стороне должника предлагалось ввести³⁵. Как следует из стенограммы заседаний рабочей группы, несколько европейских цивилистов выступили против введения такого ограничения³⁶. В дальнейшем во время обсуждений этого проекта в 2007 и 2008 гг. было заметно расхождение во мнениях членов рабочей группы³⁷. В результате было решено запрет на потестативные условия из проекта убрать.

Таким образом, почти все страны допускают условность как всей сделки, так и отдельных обязательств по ней. Большинству стран известно разделение условий на случайные, смешанные и потестативные. При этом страны романской правовой семьи вводят на законодательном уровне запрет на потестативные условия на стороне должника, т. е. на такие условия, наступление которых находится в исключительной власти должника. Похожего (но не идентичного) результата добиваются правовые системы Англии и США, только не в рамках доктрины условных сделок, а в рамках института иллюзорных обязательств. Причем крайне важно отметить, что ни в одной из изученных нами стран не видят проблем во введении потестативного условия на стороне кредитора, т. е. такого условия, наступление которого находится на исключительном усмотрении кредитора. Кроме того, как правило, не вызывает вопросов в зарубежном праве смешанное условие, наступление которого зависит лишь частично от воли должника.

Учитывая этот факт, апелляция авторов проекта Концепции при введении тотального запрета на любые потестативные условия, включая и те, что зависят от кредитора, к опыту европейского права носит необоснованный характер. В Европе никому в голову не приходит создавать столь грубые и поверхностные решения, игнорирующие важнейшие детали.

³⁴ Текст проекта см.: www.unidroit.org.

³⁵ *Position Paper on Conditions / Working group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) 2nd Session (Rome, 4–8 June 2007)*. Доступно в Интернете: www.unidroit.org.

³⁶ *Summary Records of the 1st Session / Working group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) 1st Session (Rome, 29 May to 1 June 2006)*. Доступно в Интернете: www.unidroit.org.

³⁷ См.: *Summary Records of the 2nd Session / Working group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) 2nd Session (Rome, 4–8 June 2007)*. Доступно в Интернете: www.unidroit.org.

Отечественная литература

Современная российская цивилистика в целом не имеет сложившейся доктрины института условных сделок. Большая часть спорных вопросов в отношении условных сделок, которые ставились перед отечественной наукой еще во времена Российской империи, так и остается без ответа, а многие и вообще никогда не поднимались³⁸.

В дореволюционный период многие российские цивилисты высказывали разные позиции в отношении допустимости потестативных условий. Г.Ф. Шершеневич не видел никаких проблем в потестативных условиях, по крайней мере на стороне кредитора³⁹. Ю.С. Гамбаров считал вполне приемлемым *простое* потестативное условие, зависящее от действий одной из сторон договора, но выступал резко против любых *чисто* потестативных условий, которые зависят исключительно от волеизъявления одной из сторон договора⁴⁰. К.П. Победоносцев допускал даже чисто потестативные условия, исключая такую возможность только в случаях, когда речь идет о чисто потестативном условии на стороне должника в одностороннем договоре, а также в случае, когда чисто потестативное условие обуславливает оба встречных обязательства в договоре двустороннем⁴¹.

Как мы видим, никакого подобия консенсуса в дореволюционном праве по этому вопросу не наблюдалось. Возможно, если бы события 1917 г. не прервали процесс выращивания российского гражданского права из «детских штанишек», надетых немецкими учителями, к середине XX в. наша страна могла бы иметь полноценную доктрину условных сделок. Но история пошла другим путем. В советское время, когда о полноценном гражданском праве можно было говорить с большой долей условности, серьезно данный институт не исследовался: он был попросту не востребован в системе командно-административной экономики. В литературе тогда высказывались различные точки зрения, но глубокого анализа этого крайне сложного правового института не предпринималось. Неудивительно, что и в современной литературе какой-либо консенсус по этому вопросу отсутствует.

Ситуация отчасти начала меняться только в последние два года, когда в периодических изданиях и сборниках вышло несколько достаточно подробных статей, посвященных проблематике условных сделок⁴². Тем не менее, учитывая вялость нынешнего российского научно-правового дискурса, говорить о скором форми-

³⁸ Карнаков Я.В. *Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 160–161.*

³⁹ Шершеневич Г.Ф. *Учебник русского гражданского права. Т. 1.*

⁴⁰ Гамбаров Ю.С. *Гражданское право. М., 2003. С. 779–780.*

⁴¹ Победоносцев К.П. *Курс гражданского права: в 3 т. Т. 3. М., 2003. С. 7–8.*

⁴² Кузнецова Л.В. *Сделки, совершенные под условием // Сделки: проблемы теории и практики: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008; Громов С.А. Спорные аспекты учения об условных сделках // Там же; Останина Е.А. Понятие отлагательных и отменительных условий сделки *de lege ferenda* // Там же; Карнаков Я.В. Указ. соч.*

ровании какой-то внятной позиции в отношении допустимости потестативных условий пока рано.

Это отнюдь не означает, что вопрос о потестативных условиях не упоминается некоторыми современными авторами. Например, М.И. Брагинский выступает против таких условий независимо от того, во власти кого из контрагентов находится их наступление, считая, что условием может быть только обстоятельство, не зависящее от воли сторон⁴³. Такой же позиции придерживается Б.М. Гонгало, выводящий из требования негарантированности наступления условия жесткий запрет на условия, зависящие от сторон⁴⁴. Эту позицию поддерживают и некоторые другие российские юристы⁴⁵.

Встречается в литературе и противоположное мнение. В.С. Ем в условиях действующего российского законодательства признает допустимость условий, наступление которых зависит от воли сторон⁴⁶. Допускает потестативные условия и Л.В. Кузнецова, уточняя, что, для того чтобы такое условие наступило, необходимо не просто возникновение воли соответствующего лица, но также и ее внешнее выражение в виде волеизъявления или действия⁴⁷. Подробно обосновывает допустимость потестативных условий С.А. Громов, правда, соглашаясь с тем, что заключение договора с чисто потестативным условием, которое зависит исключительно от волеизъявления одной из сторон, невозможно⁴⁸.

Но прежде чем проанализировать политико-правовые аспекты допустимости потестативных условий, следует хотя бы в самом общем виде решить несколько предварительных вопросов, тесно связанных с интересующей нас темой.

II. Предварительные замечания

Условность сделки и условность обязательства

В ст. 157 ГК РФ речь идет об условных сделках. В то же время в большинстве стран принято выделять условные обязательства. Применительно к российскому законодательству, таким образом, возникает вопрос о том, означает ли упоминание в ст. 157 ГК РФ условных сделок возможность условности отдельных обязательств в рамках в целом безусловного договора.

⁴³ Брагинский М.И. *Сделки: понятия, виды и формы (комментарии к новому ГК РФ)*. М., 1995. С. 50.

⁴⁴ Гонгало Б.М. *Учение об обеспечении обязательств*. М., 2002. С. 51.

⁴⁵ Алещев И.А. *Условие или срок?* // *ЭЖ-Юрист*. 2005. № 37. С. 4; Фокин В. *Слабое звено альтернативных сделок* // *ЭЖ-Юрист*. 2006. № 30. С. 6.

⁴⁶ *Гражданское право. Т. I / под. ред. Е.А. Суханова. 2-е изд., перераб. и доп.* М., 2004. С. 338.

⁴⁷ Кузнецова Л.В. *Указ. соч.* С. 206, 225.

⁴⁸ Громов С.А. *Указ. соч.* С. 278–281.

По нашему мнению, нет никаких причин не замечать такую возможность. Условная сделка считается заключенной в момент ее подписания сторонами (при оформлении сделки в присутствии обоих контрагентов) или получения акцепта (при дистанционной модели оформления договора), но при наличии отлагательного условия обязательства сторон возникают только в момент наступления предусмотренного условия. Следовательно, с точки зрения логики имеются все основания обозначить соответствующие еще не возникшие обязательства «в период ожидания» условными обязательствами. После возникновения отлагательного условия такие обязательства приобретают юридическую силу и существуют как обычные договорные обязательства. Аналогичным образом можно называть условными обязательства сторон, возникшие в момент заключения договора при наличии в контракте отменительного условия. Такого рода отменительно-условные обязательства возникают сразу в момент заключения договора и действуют вплоть до момента наступления соответствующего отменительного условия.

Но если возможно говорить о том, что условные сделки порождают условные обязательства сторон, то логично задать вопрос: а может ли из договора вытекать условность только одного из обязательств сторон, в то время как другое обязательство того же должника или обязательства другой стороны носят безусловный характер? Из анализа зарубежного права становится ясно, что никто не видит в возможности такой ситуации проблемы. Свобода договора как важнейшая ценность гражданского права подталкивает и нас к такому ответу. Перекрыть эту логику может только какой-то более убедительный политико-правовой аргумент, который обосновал бы нежелательность такого результата. Но его вряд ли можно найти. Следовательно, придерживаясь презумпции свободы договора, можно уверенно утверждать, что возможно согласование условности лишь некоторых из обязательств, вытекающих из заключенного сторонами договора.

Таким образом, в дальнейшем речь будет идти о полностью условных сделках (договорах), с одной стороны, и частично условных сделках (договорах) или отдельных условных обязательствах — с другой. Более того, основной проблемой является условность обязательства. В настоящей статье мы постараемся выявить оптимальные с политико-правовой точки зрения правила в отношении случаев, когда под условие поставлено конкретное обязательство, и только затем выведем на их основе оптимальные нормы в отношении в целом условных сделок.

Условность иных прав и обязанностей

Закон (ст. 157 ГК РФ) упоминает, что при наступлении условия возникают или прекращаются *права и обязанности*. Такое определение последствий наступления условия достаточно широкое, чтобы обнять не только обязательственные правоотношения, но и правоотношения иного характера. Например, формально ничто не мешает признать допустимым постановление под условие вещных или корпоративных правоотношений, прав на ценные бумаги и объекты интеллектуальной собственности, а также других необязательственных в узком смысле этого понятия правоотношений.

Достаточно распространены договоры, ставящие под отлагательное условие переход права собственности. Статья 491 ГК РФ прямо допускает продажу товара с условием, что право собственности на полученный покупателем товар переходит к нему только в момент оплаты. Можно долго спорить о том, делает ли такая оговорка такой договор купли-продажи условной сделкой. Тем не менее очевидно, что суть самой конструкции оговорки об удержании правового титула в создании условного правового эффекта, возникающего лишь при соблюдении контрагентом (покупателем) соответствующего отлагательного условия, может быть повторена и в тех случаях, когда условием будет не оплата, а некое полноценное потестативное или смешанное условие. Например, в договоре поставки оборудования предусматривается, что право собственности на переданный покупателю товар переходит при условии, что продавцу будет предоставлена в обеспечение оплаты рассроченного платежа гарантия того или иного банка.

Кроме того, иногда стороны предусматривают в договоре кредита или займа условие о том, что, если основной долг в течение указанного периода времени не будет погашен, право собственности на тот или иной объект перейдет к кредитору. В этом случае в качестве отлагательного условия перехода права собственности фиксируется нарушение собственником его договорного обязательства. Отметим, что в проекте Концепции предлагается ввести применительно к таким условиям некоторые ограничения.

С нашей точки зрения, против допустимости некоторых подобных условий действительно могут быть выдвинуты определенные политико-правовые возражения. Например, можно ли приветствовать случаи, когда у покупателя возникает право собственности на недвижимость, поставленное под отменительное условие? Насколько такая «условная собственность» соответствует потребностям оборота? Не перевешивают ли свободу договора некие иные политико-правовые ценности, в частности интересы кредиторов условного собственника? Что происходит в случае перепродажи товара таким собственником третьему лицу? Прекращается ли в этом случае «отменительная угроза» титулу? В рамках настоящей статьи невозможно подробно изучить эту проблематику. Надеемся, что данная тема рано или поздно вызовет живой интерес научной общественности. Пожелаем только, чтобы анализ этой проблематики был направлен на политико-правовую сторону дела, а не уходил в догматические абстракции.

Отдельная тема — возможность поставить под условие односторонние сделки (доверенность, отзыв доверенности, заявление о зачете, оферту, односторонний отказ от договора, банковскую гарантию, заявление о выборе в альтернативном обязательстве и др.). Авторы проекта Концепции отчасти затрагивают эту тему, вводя ограничения в отношении некоторых вариантов условных односторонних сделок. Однако этот вопрос требует детального и самостоятельного политико-правового анализа. В частности, возникают серьезные сомнения в необходимости запрещать заявление об одностороннем отказе от договора, содержащее в качестве отлагательного условия указание на неисполнение должником его договорного обязательства в течение дополнительно предоставленного ему срока (по модели «договор считается расторгнутым, если нарушение не будет устранено в течение 30 дней»). В то же время ограничения на допустимость выдачи доверенностей под отлагательным или отменительным условием могут быть оправданы

политико-правовыми соображениями (нарушение принципа транспарентности полномочий).

В рамках настоящей статьи будет рассмотрен исключительно обязательственно-правовой эффект условных сделок. Однако выведенные нами нормативные положения в дальнейшем могут быть скорректированы или дополнены применительно к случаям, когда под условие ставятся необязательственные правоотношения.

Классификация условий по последствиям их наступления

Статья 157 ГК РФ делит все условия на отлагательные и отменительные. При наступлении отлагательного условия права и обязанности сторон возникают, а при наступлении отменительного — прекращаются.

При заключении договора с отлагательным условием в отношении всех прав и обязанностей или в отношении отдельного обязательства до момента наступления соответствующего условия договор считается заключенным, но соответствующие правоотношения — не возникшими. В классической европейской цивилистической традиции подчеркивается, что до наступления отлагательного условия обязательства еще нет. Этим отлагательное условие отличается от установления в договоре срока исполнения обязательства: в последнем случае до наступления срока обязательство, хотя и не созревшее, уже существует.

Куда более интересен вопрос о последствиях наступления отменительного условия. Очевидно, что, если такое условие в договоре имеется, права и обязанности возникают с момента заключения договора, но находятся под угрозой прекращения в случае наступления отменительного условия. Основной вопрос, обсуждаемый в западной литературе, — о перспективном или ретроспективном эффекте наступления отменительного условия. Прекращаются ли права и обязанности только на будущее? Или права и обязанности задним числом считаются ненаступившими *ab initio*? Ответы на эти вопросы легко найти, если сопоставить прекращение прав и обязанностей по договору при отменительном условии с расторжением договора.

Согласно ст. 453 ГК РФ обязательства сторон при расторжении прекращаются, а то, что было передано до расторжения, возврату не подлежит. Иными словами, в ГК РФ зафиксирован перспективный эффект расторжения договора, характерный для права целого ряда западных стран, например для английского права. Между тем в странах континентально-европейской правовой семьи более распространены иной, ретроспективный подход к последствиям расторжения, сближающий расторжение и ничтожность⁴⁹. Именно поэтому юристы, проводя параллель между расторжением и отменительным условием, начинают всерьез задумываться над применением ретроспективного эффекта и в отношении отменительных условий. Например, согласно ст. 1184 ФГК идея расторжения нарушенного дву-

⁴⁹ Подробнее см.: Карпетов А.Г. *Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007.*

стороннего договора выражается в терминах наступления отменительного условия. В связи с этим неудивительно, что во Франции вопрос о ретроспективном действии отменительного условия решен положительно (ст. 1183 ФГК). Аналогичным образом ретроспективный эффект отменительного условия признается и в праве некоторых других стран романской правовой семьи (Италии, Испании, Португалии и др.)⁵⁰.

Учитывая признание в отечественном праве перспективного эффекта расторжения, было бы логичным придерживаться этого же эффекта и в отношении случая наступления отменительного условия. Такое решение широко известно зарубежному праву (см. гражданские кодексы Германии, Нидерландов, а также Принципы европейского контрактного права и проект главы об условных сделках Принципов УНИДРУА) и справедливо поддерживается авторами проекта Концепции. Более того, такое решение является оптимальным с политико-правовой точки зрения, так как не усугубляет риски неопределенности. Одно дело бояться неожиданного прекращения обязательства только на будущее и совсем другое — опасаться полной его отмены *ab initio*, как если бы оно было признано ничтожным. В последнем случае риски куда выше. Поэтому вариант с прекращением прав и обязанностей исключительно на будущее представляется наиболее разумным.

Классификация условий по степени зависимости от сторон договора

Согласно классической европейской традиции все условия разделяются на потестативные, случайные и смешанные.

Случайные — это такие условия, наступление которых не зависит от стороны по договору, а полностью определяется действиями третьих лиц или неких иных внешних объективных событий (например, снятие или введение эмбарго на поставку вооружений в ту или иную страну, выигрыш российской заявки на проведение Олимпиады, принятие городскими властями решения о застройке бывшей промышленной зоны, прекращение регулярных авиарейсов в определенный город, падение параметров фондового рынка ниже обозначенного значения, превышение официального курса рубля определенного в договоре уровня).

Потестативные — это такие условия, наступление которых находится исключительно во власти одной из сторон договора и зависит от совершения этой стороной соответствующих действий или волеизъявлений (например, предъявление соответствующего набора документов о страховом случае для получения права на выплату страхового возмещения, получение нарушителем договора требования о выплате неустойки для возникновения обязанности по ее уплате, заявление об использовании своего права на выкуп акций по опционному договору, просрочка в оплате долга как основание для перевода покупателя на авансовую форму расчетов за последующие отгрузки).

⁵⁰ *Principles of European Contract Law. Part III. Prepared by the Commission of European Contract Law / ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann. 2003. P. 237–238.*

Смешанные — это такие условия, наступление которых частично зависит от одной из сторон договора, а частично от действий третьих лиц или внешних объективных событий. На практике встречаются различные варианты смешанных условий: получение кредита, регистрация ипотеки, предоставление банковской гарантии, заключение договора поручительства, регистрация эмиссии акций, регистрация права собственности, выдача лицензии, сокращение получения финансирования от заказчика или государства, сокращение штата до указанного в сделке по приобретению контрольного пакета акций уровня, снижение рейтинга надежности должника, проведение одним из контрагентов IPO, реструктуризация долгов заемщика со всеми банками-кредиторами.

Могут иметь место также условия, зависящие от действий обеих сторон договора. В этом случае условие будет считаться наступившим, если оба контрагента совершат определенные действия. Скажем, в договоре купли-продажи может быть предусмотрено, что права и обязанности по нему вступают в силу в момент подписания сторонами договора залога в обеспечение обязанности покупателя по оплате. Такие условия можно рассматривать как разновидность потестативных (например, как *двусторонне-потестативные*).

В зарубежной литературе проводится достаточно подробная таксономия всех видов условий. В том числе условия подразделяются на позитивные (что-то должно произойти) и негативные (что-то не должно произойти), составные (сложный юридический состав наступления условия) и однокомпонентные (условием является одно действие или событие) и т. д. Каждый из указанных элементов этой классификации заслуживает пристального изучения, которое явно выходит за рамки настоящей статьи.

Кроме того, мы не будем в данной работе учитывать разделение потестативных условий на просто и чисто потестативные. Как отмечается в литературе, такое деление сейчас теряет свое значение во французском праве, откуда оно родом⁵¹. Действительно, если под просто потестативным условием понимать волеизъявление контрагента, сопряженное с его же неким односторонним действием, то граница между чисто и просто потестативными условиями становится и несущественной. Если же волеизъявление контрагента сопрягается с некими сторонними явлениями или действиями третьих лиц, то такой же призрачной становится граница между просто потестативным и смешанным условием.

Главное сейчас разобраться, стоит ли российскому законодательству вводить ограничения на потестативные и смешанные условия. Это связано с тем, что в проекте Концепции предлагается запретить условия, зависящие исключительно или преимущественно от стороны по договору. Слово «исключительно» в данном случае отсылает к условиям потестативным, а «преимущественно» охватывает и некоторую часть смешанных условий. Некоторую, потому что в ряде смешанных условий нельзя зафиксировать «преимущество» влияния контрагента по сравнению с влиянием третьего лица или внешнего объективного события. Более того, иногда в смешанном условии преимущественную роль играют именно действия третьего лица или внешнее событие. По сути, в проекте

⁵¹ Coninck de J. *Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition*. P. 864.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

предлагается дифференцированно отнестись к смешанным условиям, зависящим от контрагента преимущественно, с одной стороны, и равноценно или в меньшей степени — с другой.

Такая градация несколько надуманна и трудно применима на практике. Как, например, определить, является ли отлагательное условие о получении кредита одной из сторон, столь распространенное на практике, смешанным условием с преимущественным или с равноценным влиянием контрагента-заемщика? Соответственно далее речь будет идти о любых смешанных условиях, зависящих от одного из контрагентов.

Кроме того, несмотря на наличие некоего внешнего фактора (например, согласие банка на выдачу кредита в вышеприведенном примере), участие одной из сторон договора служит необходимой предпосылкой наступления смешанного условия. На самом деле ни о каком согласии банка выдавать кредит речь идти не может, если сам заемщик не подал соответствующее заявление в банк. Иными словами, действие одной из сторон договора является недостаточной, но необходимой предпосылкой наступления условия. Если бы действия этой стороны было достаточно, то мы бы говорили об условии потестативном. В противном случае имеется в виду условие смешанное. Вместе с тем в обоих случаях действие одной из сторон представляет собой необходимую предпосылку для наступления условия. Если эта характеристика отсутствует и условие может наступить и без участия стороны по договору, то следует говорить о случайном условии, на которое может или не может в той или иной степени повлиять контрагент. Соответственно условия потестативные и смешанные объединяются общей особенностью — необходимым участием одного из контрагентов. Исходя из этого вполне очевидно, что в силах контрагента просто саботировать наступление этого условия. Причем это не будет рассматриваться в качестве препятствования наступлению условия, как в случае, если бы условие было случайным и соответствующий контрагент вторгался в нормальный ход вещей, мешая наступлению условия. В нашем случае смешанных условий нормальный ход вещей, напротив, предполагает обязательное содействие со стороны одного из контрагентов. Следовательно, без содействия этого контрагента условие не наступит. А значит, как и в случае с потестативными условиями, последнее слово остается за контрагентом, который может как содействовать наступлению условия (но не гарантировать его, как в случае с потестативным условием), так и блокировать это развитие событий.

Учитывая сказанное, имеет смысл анализировать потестативные и смешанные условия вместе. В обоих случаях наступление условия находится во власти контрагента. В политико-правовом плане именно эта власть контрагента над условием и вызывает споры. Недаром во французской судебной практике зачастую грань между смешанными и потестативными условиями стирается, и суды, несмотря на локализацию законодательного запрета только в отношении условий потестативных, нередко распространяют его и в отношении условий смешанных. Соответственно, если будет выявлена политико-правовая необходимость ограничения условий потестативных, появятся все основания распространять это ограничение и на условия смешанные и наоборот.

Оговоримся, что в настоящей статье условия случайные предметом анализа не являются. Однако это не значит, что в ГК РФ не требуется специальное регулирование некоторых важных вопросов. Например, часто стороны ставят под отлагательное случайное условие обязательство одной из сторон, уже получившей встречное исполнение от контрагента. В таких случаях ненаступление случайного условия может привести к безвозмездной передаче имущественных благ, так как контрагент, осуществивший свое исполнение, остается без встречного удовлетворения неопределенно долго. Это не совсем разумно с политико-правовой точки зрения. По прошествии некоторого срока ожидания право должно давать стороне, исполнившей договор, возможность добиться встречного исполнения независимо от ненаступления отлагательного случайного условия. Эту идею можно реализовать более просто, если в отношении тех случаев, когда один из контрагентов свое исполнение уже осуществил, установить, что при ненаступлении случайного условия в течение, скажем, шести месяцев, отлагательное условие, от которого зависит возникновение встречного обязательства, будет считаться наступившим, если иной срок или иные последствия не предусмотрены в договоре или не вытекают из природы обязательства.

Фикция наступления условия согласно п. 3 ст. 157 ГК РФ

По большому счету единственной спецификой и наиболее важным аспектом регулирования условных сделок согласно российскому Гражданскому кодексу является фикция наступления или ненаступления условия, предусмотренная в п. 3 ст. 157 ГК РФ. Как указано в этой норме, в случае если одна из сторон контракта, которой наступление условия невыгодно, недобросовестно воспрепятствовала его наступлению, условие считается наступившим. И наоборот, не считается наступившим условие тогда, когда его наступлению недобросовестно способствовала та сторона, для которой наступление условия выгодно. Если бы не эти нормы, можно было бы признать, что российское гражданское законодательство лишь упоминает условные сделки. Конечно, нормы о фикции наступления или ненаступления условия являются не выдумкой отечественного права (которое, как правило, не в состоянии самостоятельно выработать подобные изощренные инструменты), а дословным повторением идей, выработанных в праве зарубежном.

Но применительно к ним возникают два вопроса. Во-первых, как фикция (не)наступления условия может применяться к условиям потестативным и смешанным, когда наступление условия находится во власти контрагента?

Во-вторых, как определить, кому наступление условия выгодно, а кому нет?

1. Механика применения фикции наступления условия к потестативным и смешанным условиям

При анализе фикции (не)наступления условия обращает на себя внимание ключевая роль фактора недобросовестности. Его применение, по сути, означает, что на стороны условного договора возлагается подразумеваемая обязанность вести себя добросовестно по отношению к согласованному отлагательному или отме-

нительному условию. В норме закона, видимо, невозможно прояснить все детали абсолютно разных вариантов условий, которые стороны могут согласовать, и вариантов поведения сторон в отношении этих условий. Поэтому установление общей нормы о добросовестности неизбежно. Это настолько гибкое требование, что оставляет возможность судам в конкретных обстоятельствах выбирать наиболее справедливое решение. Причем эта обязанность не является договорной в буквальном смысле слова. Она вытекает не из прямого требования контракта, а из применения доминирующих этических установок общества в отношении ведения дел в экономическом обороте.

Как может применяться данное требование к потестативным и смешанным условиям?

Потестативное условие отличается тем, что его наступление зависит от действий или волеизъявлений одной из сторон договора. Как отметил один из зарубежных авторов, архетипичным вариантом такого условия является условие «заплату, если захочу»⁵². Этот пример подчеркивает полную произвольную власть одной из сторон над наступлением или ненаступлением условия. И действительно, может показаться, что когда условие находится в полной власти соответствующей стороны, существует полная свобода ее усмотрения. А раз обеспечение наступления условия находится на полном усмотрении соответствующей стороны, то при ее уклонении от обеспечения этого условия достаточно трудно говорить о недобросовестном поведении, следовательно, путь к применению фикции наступления или ненаступления условия перекрывается. Но это так лишь отчасти.

Все потестативные условия, встречающиеся в обороте, следует разделить на две группы.

К первой относятся такие ситуации, когда из толкования договора вытекает, что наступление потестативного условия находится действительно на полном *произвольном* усмотрении одного из контрагентов. Соответствующая сторона вправе по собственному усмотрению как обеспечить наступление условия, так и уклониться от этого. Если, например, опционный контракт предусматривает, что обязанность по передаче пакета акций покупателю возникает при получении от последнего соответствующего заявления, то право произвольного выбора принадлежит покупателю⁵³.

⁵² Coninck de J. *Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition*. P. 857.

⁵³ *Правовая природа опционного контракта, в котором стороны оговаривают, что он вступает в силу в момент получения заявления о желании воспользоваться своим правом на опцион от одной из сторон, крайне интересна. Германское право, так же как и право многих других стран, признает опционный контракт — Optionsvertrag (см.: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 78*), но рассматривает его, несмотря на подписи обеих сторон договора, скорее как безотзывную оферту с длительным связывающим эффектом, которую одна из сторон (или любая сторона) вправе акцептовать в пределах установленного в опционном контракте срока (Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn. 10*). Но существует и такой вариант интерпретации опционного контракта, при котором он признается условной сделкой с потестативным отлагательным условием в виде соответствующего заявления одной из сторон. В принципе оба варианта имеют право на существование при соблюдении главного условия — признания законности таких правовых инструментов. Здесь приводится опционный контракт, интерпретированный как условная сделка, исключительно в качестве примера. Это не значит, что мы однозначно предпочитаем именно условную интерпретацию природы опциона тому варианту, при котором опцион толкуется как оферта.*

Соответственно, если стороны договора отдали наступление условия на полное усмотрение одной из сторон, ее трудно обвинить в недобросовестности, когда она решает не «включать» правовые последствия сделки. И если в случае такого потестативного условия сторона саботирует обеспечение условия, фикция наступления условия не наступает. Логика здесь простая: если ты даешь кому-то дискреционное право нажать или не нажать на кнопку «Старт», то трудно винить управомоченное лицо за то, что оно решило воздержаться от этого действия. Российские юристы (по определенным, скорее налоговым, причинам) ранее часто указывали, а иногда и сейчас указывают в контракте, что обязательство по уплате неустойки возникает не в момент нарушения, а при условии получения нарушителем контракта специального требования от пострадавшей стороны, в котором та выражает свое притязание на получение зафиксированной в договоре суммы неустойки. Вполне очевидно, что если кредитор такое требование не выставляет, то никакого смысла «включать» фикцию наступления условия нет. В равной мере при наличии в договоре такого произвольно-потестативного условия не может идти речь о признании условия ненаступившим в ситуации, когда соответствующая сторона решает обеспечить наступление условия.

При наличии в договоре произвольно-потестативного условия право не должно путем применения фикции противостоять созданию предусмотренных договором правовых последствий.

Ко второй группе следует отнести случаи, когда условие отдано во власть одного из контрагентов, но из толкования договора прямо или имплицитно вытекает обязанность контрагента добросовестно стремиться это условие обеспечить или, наоборот, добросовестно противостоять его наступлению. Например, в договоре аренды указано, что арендатор пользуется помещением и расплачивается за это, своими силами делая ремонт. Согласно договору обязательство арендодателя по предоставлению помещения в аренду прекращается в момент окончания ремонта. Это означает, что окончание ремонта сторонами признается отменительным потестативным условием, наступление которого прекращает обязательства по предоставлению в аренду указанного помещения. Из содержания такого договора вытекает, что арендатор взял на себя обязанность добросовестно не затягивать с ремонтом, дабы бесконечно не пролонгировать период бесплатного использования помещения. Соответственно если арендатор затягивает с содействием наступлению отменительного условия, то арендодатель должен иметь право заявить о фикции наступления условия и тем самым считать обязательства по договору аренды прекращенными. Такой сценарий возможен, если мы признаем, что сторона, на которой лежит потестативное условие, иногда, исходя из толкования воли сторон или прямого указания в договоре, считается, по сути, взявшей на себя подразумеваемую обязанность добросовестно стремиться такое потестативное условие обеспечить. Это открывает возможность, обвинив соответствующую сторону в недобросовестном препятствовании наступлению условия, снять нежелательную неопределенность путем применения фикции наступления условия.

Другой пример — договором аренды предусмотрено, что размер арендной платы снижается до определенной величины, в случае если обороты арендатора к определенной дате падают ниже установленного порогового значения. Из толкования такого отлагательного условия, как падение продаж, вытекает подразу-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

меваемая обязанность арендатора по крайней мере стремиться к росту продаж и не способствовать падению продаж к указанной в договоре дате специально для получения права на снижение арендной платы на последующий период (то есть имплицитная обязанность стремиться избежать наступления условия). Соответственно вполне очевидно, что в случае недобросовестного саботирования арендатором этой подразумеваемой обязанности и, скажем, умышленного и невынужденного снижения продаж разумно применять фикцию ненаступления условия, т. е. считать условие ненаступившим.

Таким образом, выясняется, что фикция наступления или ненаступления условия применима только к тем потестативным условиям, обеспечить наступление которых прямо или имплицитно вменено в обязанность одной из сторон. В остальных случаях уклонение соответствующей стороны от обеспечения наступления условия не включает фикцию, предусмотренную в п. 3 ст.157 ГК РФ, по причине отсутствия недобросовестности в действиях этой стороны.

Аналогичным образом обстоят дела и со смешанными условиями, когда действия соответствующей стороны договора являются необходимой, но недостаточной предпосылкой для наступления условия. Применительно к этим случаям воля сторон также может быть направлена на несколько отличных друг от друга правовых режимов.

Стороны могли иметь в виду полное дискреционное право одной из сторон по собственному усмотрению содействовать или не содействовать наступлению смешанного условия. Например, договор может предусматривать, что продавец имеет право на обратный выкуп проданного пакета акций при условии реструктуризации своих долгов с банками-кредиторами и предъявления покупателю соответствующего требования в течение трех месяцев после заключения договора. В этом случае очевидно, что воля сторон не была направлена на то, чтобы возложить на продавца обязанность предъявлять такое требование при удачном завершении переговоров с банками-кредиторами. Это его дискреционное право. Соответственно ни о какой недобросовестности продавца, не приславшего такое требование, речь идти не может. А следовательно, оснований для применения фикции наступления условия нет.

Однако контрагенты, согласовывая смешанное условие, могут иметь в виду, что соответствующая сторона должна способствовать наступлению условия или, наоборот, стремиться избежать этого. Например, договор предусматривает, что обязательство по приобретению здания возникнет при условии одобрения банком кредита покупателю. В данном случае очевидно, что продавец рассчитывает хотя бы на то, что покупатель будет стремиться этот кредит получить. И тогда саботаж покупателя, даже не подавшего или безосновательно отозвавшего заявку на выделение кредитного финансирования, может рассматриваться как недобросовестный подрыв обоснованных ожиданий контрагента. Соответственно если из толкования договора вытекает наличие подразумеваемой обязанности содействия или избегания, то недобросовестное уклонение этой стороны от исполнения данной обязанности может влечь применение фикции наступления или ненаступления условия⁵⁴.

⁵⁴ Coninck de J. *Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition*. P. 863–864.

Таким образом, в отношении как потестативных, так и смешанных условий фикция наступления или ненаступления условия возможна только в том случае, когда уклоняющаяся сторона, исходя из прямого указания в договоре или подразумеваемой воли сторон, была обязана стремиться обеспечить или предотвратить наступление этого условия, так как лишь в этом случае уклонение от содействия наступлению или, наоборот, пассивное допущение наступления условия может рассматриваться как недобросовестность.

Вопрос толкования здесь не самый легкий, но зачастую из текста соглашения и конкретной фабулы дела очевидна воля сторон. Например, судам следует особенно пристально всматриваться в поисках подразумеваемой обязанности содействия или избегания в тех ситуациях, когда кредитор уже исполнил свое обязательство, а встречное обязательство должника поставлено под отлагательное смешанное условие (скажем, выделение финансирования из госбюджета на оплату уже выполненных работ). В таком случае судам следует признавать заказчика, даже не обратившегося за получением этого финансирования, недобросовестно нарушающим подразумеваемую обязанность содействовать наступлению условия, а значит, отлагательное условие считать наступившим. В целом, видимо, следует исходить из презумпции, что разумные контрагенты не согласились бы поставить кредитора, уже исполнившего свое обязательство, в полную произвольную власть должника, имеющего свободу как способствовать наступлению условия, от которого зависит возникновение его встречного обязательства, так и саботировать этот процесс.

Итак, норма п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления или ненаступления условия неприменима к таким потестативным и смешанным условиям, которые находятся на полном произвольном усмотрении соответствующей стороны. Из-за этой технической сложности применения нормы п. 3 ст. 157 ГК РФ к условным сделкам с потестативными и смешанными условиями никаких оснований признавать такие сделки недействительными нет. Свобода договора — слишком серьезный принцип, на котором строится вся современная экономика, чтобы его тревожить по таким мелочам. Просто следует признать, что нормы п. 3 ст. 157 ГК РФ применимы не ко всем видам таких условий. Причем для такого вывода не требуется менять закон: он прямо вытекает из указания в этой норме на недобросовестность. Когда наступление или ненаступление условия отдано договором в дискреционную власть одной из сторон (независимо от того, является условие потестативным или смешанным), то любое решение этой стороны никак не может быть поставлено ей в вину. Следовательно, нет оснований говорить о недобросовестности. А раз нет недобросовестности, то и нет фикции наступления или ненаступления условия в порядке п. 3 ст. 157 ГК РФ.

Между тем возникает одно логико-лингвистическое препятствие в отношении тех случаев, когда фикция наступления или ненаступления условия все же применяется к потестативным и смешанным условиям. Дело в том, что препятствовать или способствовать наступлению условия с точки зрения логики и семантики этих фраз можно тогда, когда условие не зависит от сторон и вмешательство одной из них может изменить ход событий. Когда же ход событий зависит от одной из сторон, с точки зрения формальной логики сложно говорить о препятствовании или содействии. Видимо, это логическое затруднение также способ-

стует распространению судебной практики, признающей недействительными сделки с потестативными условиями. В этих случаях судьи рассуждают, по всей вероятности, так: если к таким условиям неприменимы глаголы «способствовать» или «препятствовать», то фикция наступления или ненаступления условия не может быть применена, а следовательно, и сами сделки надо признавать недействительными как не вписывающиеся в предусмотренную в ГК РФ конструкцию. Нам представляется, что в таких серьезных вопросах заглядывать в словари не лучший выход. Куда важнее понять политико-правовые задачи, стоящие перед правом, и, применяя объективно-телеологическое толкование и примиряя его с семантическими рамками законодательного текста, найти его оптимальное толкование. Очевидно, что термины о способствовании или препятствовании наступлению условия надо понимать несколько шире, включая в сферу их применения и те случаи, когда, по сути, речь идет об обеспечении своими действиями наступления условия или уклонении от этого процесса. Иначе остается либо признавать такие сделки недействительными, что крайне нежелательно, либо не помогать добросовестной стороне в защите ее интересов, оставляя ее один на один со злоупотреблениями контрагента.

2. *Определение того, кому наступление условия выгодно, а кому нет*

Фактора недобросовестности недостаточно для применения фикции наступления условия. Согласно п. 3 ст. 157 ГК РФ фикция наступления условия применяется только тогда, когда недобросовестно ведет себя тот, для кого наступление условия выгодно (при недобросовестном способствовании) или невыгодно (при недобросовестном препятствовании). Но во многих случаях определить, кому из контрагентов наступление невыгодно или выгодно, невозможно. В частности, когда одна из сторон, которая в силу подразумеваемой обязанности содействия должна способствовать наступлению смешанного условия, уклоняется от совершения всех необходимых действий, без которых условие не может наступить, то налицо фактор недобросовестности. Но для применения фикции наступления условия требуется еще, чтобы наступление этого условия было невыгодно этой стороне. Например, вполне очевидно, что, если соответствующей стороне, недобросовестно уклоняющейся от содействия наступлению условия, наступление условия по каким-то причинам выгодно, то «включение» фикции наступления условия было бы несколько странным.

В случаях такой неопределенности, с нашей точки зрения, ключевую роль должен играть не столько фактор выгоды или невыгоды наступления условия для той стороны, от которой это условие зависит, сколько вопрос о том, выгодно ли применение фикции наступления или ненаступления условия для добросовестного контрагента этой стороны. Иными словами, когда сторона, от которой зависит наступление условия, уклоняется от содействия его наступлению, абсолютно неразумно применять нормы, предусмотренные в п. 3 ст. 157 ГК РФ, если «включение» фикции наступления условия явно невыгодно другой, добросовестной стороне.

Например, в договоре поставки крайне дорогостоящего оборудования зафиксировано, что права и обязанности по нему возникают, когда покупатель в указанном в договоре банке открывает аккредитив на оплату этого товара. Причем договор

предусматривает обязанность поставки товара с отсрочкой оплаты. Впоследствии выясняется, что покупатель даже не обратился за открытием аккредитива в банк и недобросовестно саботирует подразумеваемую договором обязанность содействия этому смешанному условию. В такой ситуации наступление фикции условия было бы, возможно, крайне невыгодным поставщику. Ведь в данном случае его обязанность по поставке товара вступала бы в силу при отсутствии у него достаточных финансовых гарантий оплаты, что подвергало бы поставщика серьезным рискам фактического неполучения средств за переданное оборудование. Еще более очевидна нежелательность «включения» фикции наступления смешанного условия в случае, когда отлагательным условием в вышеобозначенном примере будет предоставление покупателем платежеспособного поручителя или банковской гарантии, залога или иного обеспечения. В таких случаях фикция наступления условия прямо противоречит интересам поставщика, которому при применении этой фикции придется поставлять товар без необходимого обеспечения оплаты.

Иногда суду разобраться в том, насколько применение фикции наступления условия невыгодно добросовестному контрагенту, будет весьма сложно. Изменим пример с договором поставки оборудования и представим, что по условиям договора покупатель должен был авансировать 50% стоимости оборудования, а остальное уплатить после получения товара. Покупатель недобросовестно саботировал открытие аккредитива, и отлагательное смешанное условие не наступает. В интересах ли поставщика применение фикции наступления условия и вступление в силу обязательств сторон? Как понять, стоит ли «включать» фикцию наступления условия?

Неопределенность в этом вопросе может быть крайне неприятной и вызывать серьезные противоречия. Можно предложить следующий вариант устранения правом этой неопределенности.

Применение фикции наступления или ненаступления условия служит средством защиты от недобросовестного поведения стороны, от которой зависит наступление смешанного условия. Причем это средство защиты в чем-то схоже с мерами оперативного воздействия. Отличие в том, что оно применяется в отношении стороны, нарушившей не обязательство по договору, а подразумеваемую обязанность содействия наступлению условия или избегания оно. Но суть от этого меняется не сильно: речь идет о своего рода санкции и одновременно мере защиты. Было бы логично, если бы, как и многие другие подобные меры, этот инструмент применялся по заявлению пострадавшей стороны. При таком подходе получаем следующее решение.

Когда одна из сторон, от которой зависит наступление потестативного или смешанного условия, недобросовестно уклоняется от реализации своей подразумеваемой обязанности содействия или избегания, фикция наступления или соответственно ненаступления условия применяется, если добросовестный контрагент заявит об этом в течение разумного срока после того, как он узнал или должен был узнать о недобросовестном поведении первой стороны.

Такой подход делает положение сторон предсказуемым. Если добросовестный контрагент узнал о том, что другая сторона недобросовестно уклоняется от содей-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

ствия наступлению потестативного или смешанного условия, то у него есть разумный срок на то, чтобы объявить, что он признает условие наступившим. В противном случае фикция наступления условия не применяется. Если добросовестная сторона не воспользовалась своим правом заявить о применении фикции наступления условия, то впоследствии сослаться на эту фикцию будет нельзя, а условие просто не будет считаться наступившим.

Равным образом теряет право заявить о применении фикции ненаступления условия добросовестная сторона, узнавшая о недобросовестном нарушении контрагентом его подразумеваемой обязанности избегать наступления условия и не заявившая о применении фикции ненаступления условия в течение разумного срока после этого. В последнем случае право признает факт наступления условия и соответствующих правовых последствий. Причем скорее всего условие в этом случае должно считаться наступившим и влечь правовые последствия *ab initio*, т. е. с момента наступления самого условия, а не с момента истечения разумного срока на применение фикции ненаступления условия (по сути, истечения срока на одностороннюю отмену наступления условия).

Данное решение основано на понимании того, что никто лучше самих сторон не знает, что в их интересах, а что нет. Любые попытки императивно закрепить автоматическое применение фикции наступления или ненаступления условия, а равно предоставление судам права в каждом конкретном случае *ex post* определять, было ли наступление условия выгодно той или иной стороне, будут либо являться неадекватными в части случаев, либо порождать вредную в гражданском праве неопределенность.

Обязанность обеспечить наступление условия

Между тем возникает другой вопрос: если из толкования текста договора вытекает, что контрагент должен способствовать наступлению потестативного или смешанного условия или обязан избегать наступления такого условия, то не означает ли это, что просто на контрагенте лежит обычное договорное обязательство?

На первый взгляд, ответ на этот вопрос следует давать дифференцированно, в зависимости от того, указана ли прямо в контракте обязательность обеспечения условия или она подразумевается. Если эта обязанность носит имплицитный характер, то она не является полноценным договорным обязательством, а представляет собой частное проявление принципа добросовестности. В этом случае принцип добросовестности означает, что, если одна из сторон дала другой стороне основания верить в то, что она будет стремиться обеспечить наступление или, наоборот, будет стремиться избежать наступления потестативного или смешанного условия, то безосновательный подрыв законных ожиданий контрагента будет рассматриваться как недобросовестность и может влечь применение фикции наступления или ненаступления условия.

Если же в договоре прямо указано, что один из контрагентов обязан обеспечить наступление или избежать наступления потестативного или смешанного условия, то следует говорить об установлении договорного обязательства по обеспечению условия. В качестве средств защиты от неисполнения этого обязательства стороны могут воспользоваться указанием в контракте штрафных санкций, взысканием убытков, расторжением договора в случае существенности нарушения. Но это не значит, что исполнение этой обязанности перестало быть отлагательным условием. Просто в данном случае речь идет, если обратиться к американской терминологии, об обязательственном условии (*promissory condition*), а именно о слиянии в одном юридическом факте двух правовых явлений: исполнения договора и наступления условия⁵⁵.

На самом деле разница между двумя вышеуказанными вариантами не столь очевидна. Соблюдение принципа добросовестности при исполнении договора является де-факто требованием российского законодательства (ст. 10 ГК РФ), что станет очевидным де-юре при реализации идеи по расширению сферы применения этого принципа в рамках Концепции совершенствования общих положений ГК РФ и Концепции совершенствования общих положений обязательственного права. Нарушение требования добросовестности соответственно является правонарушением, так как противоречит требованию закона⁵⁶. Как известно, обязательства сторон договора формируются не только условиями договора, но и диспозитивными и императивными нормами законодательства. Если контрагент нарушает свои обязательства в части положений, предусмотренных не в договоре непосредственно, а в законе, мы тем не менее все равно говорим о нарушении договора и допускаем применение соответствующих санкций (убытки, неустойка, уменьшение цены, расторжение договора, приостановление встречного исполнения и др.). Соответственно если контрагент недобросовестно нарушает свою подразумеваемую, но эксплицитно не выраженную обязанность содействия или избегания в отношении потестативного или смешанного условия, то есть все основания говорить о нарушении им договора, а следовательно, давать другой стороне все те средства защиты, которые она имела бы, если бы было нарушено эксплицитное договорное обязательство. Здесь, конечно, имеется повод для научной дискуссии. Но в настоящей статье мы будем исходить из отсутствия разницы между имплицитной или эксплицитной обязанностью содействия или избегания. При эксплицитной обязанности обеспечить наступление условия речь, без сомнения, идет о непосредственно договорном обязательстве. При имплицитной же обязанности мы говорим о реализации общего принципа обязательной добросовестности при исполнении договора и выводим обязательственную природу подразумеваемой обязанности из применения соответствующих императивных норм ст. 10 ГК РФ.

С учетом сказанного очевидно, что при недобросовестном нарушении контрагентом, от которого зависит наступление потестативного или смешанного условия,

⁵⁵ Подробнее см.: Farnsworth E.A. *Op. cit.* P. 503–523.

⁵⁶ Так, недавно ВАС РФ признал, что недобросовестность, допущенная при заключении договора, может влечь ничтожность договора как противоречащего закону в лице нормы ст. 10 ГК РФ о добросовестности (п. 10 информационного письма Президиума ВАС РФ № 127 от 25 ноября 2008 г.). Иначе говоря, ВАС РФ рассматривает требование добросовестности как императивную норму нашего законодательства.

его прямо не выраженной, но подразумеваемой обязанности обеспечить наступление условия или, наоборот, избежать его наступления добросовестная сторона, помимо своего права на «включение» фикции наступления или ненаступления условия, имеет также и все те права, которые обычно имеет сторона, пострадавшая от нарушения договора. В частности, добросовестная сторона вправе взыскать причиненные ей такой недобросовестностью убытки или расторгнуть договор при условии, что нарушение является существенным.

Таким образом, в обоих случаях мы должны констатировать обязательственный (*promissory*) характер условия независимо от того, выражена обязанность в договоре прямо или вытекает из толкования воли сторон.

Между тем возникает необходимость дифференцировать синаллагматические и условные обязательства. Как уже отмечалось, англо-американское право посредством конструкции отлагательных обязательственных условий (*promissory condition*) регулирует то, что в праве российском объясняется как синаллагматическая связь двух встречных обязательств, или кауза исполнения. Имеет ли смысл и в отечественном праве называть любой синаллагматический договор по определению условным? Стоит ли считать, что, например, исполнения обязанности покупателя внести предоплату является отлагательным условием для встречного обязательства поставщика по поставке? В континентально-европейском праве обычно отвечают на этот вопрос отрицательно: условная конструкция не нужна, когда имеются другие приемы обоснования взаимообусловленности встречных обязательств.

Возможны в целом два пути решения этого вопроса.

С одной стороны, признание любых синаллагматических договоров условными сделками может показаться необычным. Российские юристы привыкли думать, что условная сделка используется достаточно редко, а тут оказывается, что почти все коммерческие договоры по своей природе условные. Попытка утвердить такой необычный взгляд на привычные вещи может вызвать антагонизм и отторжение как любая попытка перетрясти устоявшиеся элементы гражданско-правовой догматики. При попытке обосновать такую позицию придется затратить серьезные усилия на полемику и аргументацию, что может занять очень долгое время. В таких случаях иногда продуктивнее не ломать устоявшуюся систему взглядов, а вплести в нее необходимые частные изменения.

С другой стороны, нельзя игнорировать если не единство, то уж точно близость фактической сути структуры правоотношений, возникающей в рамках синаллагматической и условной связей⁵⁷. В частности, терминологическую близость. Синаллагматическая связь в российском Гражданском кодексе обозначается именно как *обусловленность* двух встречных исполнений (п. 1 ст. 328 ГК РФ). Конечно, обусловленность — характеристика более широкая. На наш взгляд, обязательство поставщика поставить оплаченный товар обусловлено получением

⁵⁷ На сходство данных правовых конструкций обращается внимание в отечественной литературе (см., напр.: Громов С.А. Указ. соч. С. 285), так что новостью для российского права это не будет.

этой предоплаты, но в равной степени обязательство покупателя внести предоплату обусловлено обещанием поставщика позднее отгрузить товар. В этом и заключается суть синаллагматической связи, опосредующей экономической обмен. В этом плане мы не согласны с позицией, согласно которой встречным обязательством считается только обязательство осуществить последующее исполнение в двустороннем договоре. Встречными являются оба взаимных обязательства, составляющих основу для обменной операции. В таком понимании обусловленность (читай: синаллагма) оказывается шире условности сделки, как раз и раскрывающейся в такой последовательности действий, когда осуществление первого действия с одной стороны создает основания для осуществления встречного действия с другой стороны. Иначе говоря, синаллагматическая связь не идентична условному правоотношению, при котором предшествующее исполнение представляет собой отлагательное условие для возникновения исполнения последующего. Но в тех случаях, когда синаллагма прямо обуславливает обязанность осуществить последующее исполнение получением предшествующего исполнения, можно говорить об условной сделке. В обоснование разумности такой интерпретации можно привести множество других аргументов, но в конечном счете это все чистая догматика, безусловно полезная и важная, однако вторичная по отношению к прагматической разумности частных нормативных решений.

В чем же практические последствия того, что осуществление предшествующего исполнения будет признано отлагательным условием, а встречного последующего обязательства — условным? Если при определении «ставок» в этом споре смотреть только на текст Гражданского кодекса, то выяснится, что все сводится к вопросу о применимости или неприменимости норм о факции наступления или ненаступления условия п. 3 ст. 157 ГК РФ (других содержательных норм об условных сделках в ГК РФ просто нет). Если же взглянуть на этот вопрос шире и взять в расчет нормы, не закрепленные прямо в ГК РФ, но выводимые в классической цивилистической науке, то следует добавить еще и такое следствие, как определение момента возникновения встречного последующего обязательства. Согласно классической доктрине встречное обязательство возникает с момента заключения договора и лишь созревает при осуществлении контрагентом предшествующего исполнения, а условное обязательство возникает только в момент наступления отлагательного условия⁵⁸.

Последняя «ставка» нам представляется имеющей маленькую ценность: если практическая разница между созреванием и возникновением обязательства и есть, то носит несущественный характер и не может предопределить наши выводы.

С первой «ставкой» вопрос более серьезный. От ответа на него зависит вывод о политико-правовой желательности признания условной природы тех синаллагматических договоров, в которых обязательство одного контрагента должно быть исполнено после и при условии осуществления исполнения другим контрагентом. Если фикция наступления или ненаступления условия оказывается применимой и применимой с пользой в отношении таких встречных обязательств, то имеются все основания для признания условной природы таких правоотношений.

⁵⁸ Громов С.А. Указ. соч. С. 285.

В противном случае нет никакого смысла для такого радикального переворота в догматике.

С нашей точки зрения, существуют веские основания для применения фикции наступления условия (п. 3 ст. 157 ГК РФ) к встречным обязательствам сторон. В частности, речь идет о применении этого правила к тем случаям исполнения договора, когда обязательство не может считаться исполненным без принятия исполнения кредитором. Зачастую для исполнения обязательства требуется фактическое принятие исполнения кредитором (скажем, фактическая приемка товара или результата работ). Поставщик согласно договору должен вначале поставить товар (с условием самовывоза) и только потом вправе требовать оплату. Однако при попытке исполнить обязательство поставщик сталкивается с тем, что покупатель уклоняется от приемки — например, будучи уведомленным о готовности товара к отгрузке, не является за выборкой товара. Согласно п. 3 ст. 484 ГК РФ поставщик в этой ситуации вправе потребовать приемки, что на практике невозможно реализовать в виде принудительного иска, а значит, абсолютно неэффективно. Куда разумнее предоставить поставщику, пострадавшему от нарушения договора (просрочка кредитора по ст. 406 ГК РФ считается именно нарушением), право на взыскание долга. Но для этого придется каким-то образом устранить формальное препятствие, связанное с тем, что согласно договору покупатель не обязан платить до того, как поставщик передаст ему товар. В таком случае фикция наступления условия оказывается незаменимым выходом из положения. С ее помощью можно формально обосновать решение, интуитивно очевидное с политико-правовой точки зрения. Никто не должен извлекать выгоду из собственного правонарушения. В связи с этим, чтобы не создавать у покупателя стимулов к уклонению от приемки товаров, необходимо давать поставщику право на взыскание долга.

Другой пример. Представим себе тот же договор поставки, только с условием предоплаты и доставки товара до склада покупателя. Согласно распространенной в последнее время судебной практике и позиции некоторых современных юристов, включая автора настоящей статьи, продавец не вправе истребовать предоплату в судебном порядке, если покупатель уклоняется от ее внесения⁵⁹. Вместе с тем поставщик может согласно ст. 328 ГК РФ, несмотря на неполучение предоплаты, рискнуть поставить товар, исполнив свое встречное обязательство, и тем самым заслужить право на взыскание созревшего долга. Но что если покупатель откажется принимать привезенный ему товар? Обязательство по передаче товара не будет считаться исполненным, и это теоретически блокирует право поставщика потребовать встречного исполнения (оплаты). Ведь согласно п. 3 ст. 328 ГК РФ ему необходимо исполнить свое обязательство, а не сделать все возможное для этого. Выходом из тупика могло бы быть применение фикции наступления условия. Когда нарушитель договора уклоняется от принятия предложенного ему исполнения, его встречное обязательство считается созревшим и доступным к истребованию. Причем в таких случаях для «включения» этой фикции не нужно никакого специального уведомления.

Иными словами, применение фикции наступления условия может сослужить добрую службу в отношении sinalлагматических договоров, предусматривающих

⁵⁹ Карапетов А.Г. *Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре*. М., 2003.

последовательность исполнения. Стоит ли ради обоснования возможности применения этой нормы к sinalлагматическим договорам признавать последние *ipso facto* условными сделками?

С одной стороны, можно было бы не применять условную модель к встречности обязательств, а практическая потребность в применении нормы п. 3 ст. 157 ГК РФ могла бы быть удовлетворена путем аналогии закона, а в идеале (если будет внесено соответствующее специальное регулирование этого вопроса в ст. 328 ГК РФ) и вовсе исключена. Этот прием достигает нужных политико-правовых результатов, не перетряхивая устоявшихся догматических взглядов.

С другой стороны, можно рассматривать условные сделки и sinalлагматические договоры как пересекающиеся концентрические круги. Не все условные сделки носят sinalлагматический характер. И не все sinalлагматические договоры имеют условное соотношение предшествующего и последующего исполнения. Последнее вполне очевидно, учитывая то, что стороны двустороннего договора могут согласовать обмен (синаллагму) таким образом, чтобы осуществление последующего исполнения не было напрямую связано с осуществлением исполнения предшествующего. Между тем в некоторых случаях эти круги пересекаются, и тогда речь идет об «условно-синаллагматическом» договоре, который оформляет предшествующее исполнение как отлагательное условие, а последующее исполнение — как условное обязательство, возникающее при наступлении этого условия.

Оба варианта решения этого вопроса в принципе допустимы, но нам более импонирует последний вариант. Хотя мы бы не сильно возражали, если бы в российском праве был реализован первый вариант и нормы о фикции наступления или ненаступления условия применялись по аналогии. В конечном счете с прагматической точки зрения разница небольшая.

Условие договора и срок

Зачастую принято разделять срок исполнения и отлагательное/отменительное условие. Их различие предлагается видеть, во-первых, в неизбежности возникновения соответствующего правового эффекта, а во-вторых, в том, что когда в обязательстве установлен срок, то до его наступления обязательство, хотя и не созревшее, все же существует. В то же время в период до наступления отлагательного условия считается, что обязательства просто нет. Что касается отличия срока исполнения от отменительного условия, то в этом случае разница состоит лишь в неизбежности прекращения правоотношений: при сроке исполнения правоотношения точно прекратятся и даже известно когда, а при отменительном условии факт и момент прекращения правоотношений неизвестен при заключении договора.

Согласно ст. 190 ГК РФ о сроках в гражданском праве (абзац первый) срок в договоре может быть установлен календарной датой или истечением периода времени,

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

исчисляемого годами, месяцами, неделями, днями или часами, а также (абзац второй) указанием на событие, которое неизбежно должно наступить. Данная норма на первый взгляд выглядит как императивно предписывающая исчерпывающий перечень вариантов установления сроков.

Из-за идеи жесткого разделения сроков и отлагательных/отменительных условий, а также из-за ограничительного толкования ст. 190 ГК РФ на практике возникает множество крайне сложных проблем.

Основной вопрос состоит в том, может ли условие заменить срок, а срок быть выражен путем указания на отлагательное или отменительное условие. Эта проблема имеет и одно частное, но крайне актуальное проявление применительно к вопросу о том, может ли срок на осуществление одной из сторон встречного обязательства устанавливаться как период времени, начинающийся при условии и с момента осуществления другой стороной предшествующего исполнения.

Обозначенная проблематика может быть проиллюстрирована позицией Высшего Арбитражного Суда РФ в информационном письме Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве» (п. 2). Речь шла о договоре поручительства, в котором стороны установили, что он действует вплоть до момента погашения обеспечиваемого долга. ВАС РФ посчитал такой способ установления срока незаконным, так как он противоречит ст. 190 ГК РФ о порядке определения сроков, указывая на событие, которое может и не наступить. Высший Арбитражный Суд РФ, по сути, столкнулся с тем, что в договоре было предусмотрено отменительное условие, которым является погашение долга должником. Исходя из того, что условие и срок — это разные вещи, ВАС РФ решил: одно не может быть выражено посредством другого. Соответственно посчитал срок поручительства несогласованным и применил диспозитивные нормы п. 4 ст. 367 ГК РФ о прекращении поручительства по истечении одного года со дня наступления срока исполнения по основному обязательству. В итоге воля сторон договора поручительства была проигнорирована, поручителю предоставлена возможность отказаться от принятых на себя условий, обеспечение по прошествии года снято, интересы кредитора не защищены, а доверие кредитора к тексту контракта оказалось подорванным.

Другая иллюстрация — п. 4 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой». В данном случае речь шла о договоре аренды, в котором срок окончания аренды был увязан с моментом начала реконструкции арендованного здания. ВАС РФ не признал такой способ установления срока законным, сославшись на ст. 190 ГК РФ, и посчитал договор заключенным на неопределенный срок. По сути, и в этот раз ВАС РФ столкнулся с отменительным условием, наступление которого прекращало обязательства сторон, но не признал такой механизм заменой сроку аренды.

На наш взгляд, в договорных отношениях начало течения срока может быть выражено путем указания на отлагательное, а окончание срока — на отменительное условие. По нашему мнению, нет никаких политико-правовых оснований игно-

ризовать волю сторон договора поручительства, недвусмысленно выразивших свое желание оформить действие этого обеспечения вплоть до исполнения основного обязательства. А значит, нет оснований такие положения договора не признавать. В каких-то отдельных случаях, возможно, такая подмена и недопустима (имеются в виду, например, некоторые односторонние сделки, такие как банковская гарантия, доверенность и др.), но по общему правилу в договорных отношениях должна быть признана возможность установления срока путем указания на отменительное или отлагательное условие, а и иногда и на оба сразу. В частности, начало течения срока договора или исполнения одного из обязательств может быть увязано с наступлением отлагательного условия, а окончание срока — установлено путем указания на отменительное условие.

При этом такая форма выражения срока должна иметь силу и тогда, когда закон считает срок существенным условием этого договора (например, срок выполнения работ в договоре строительного подряда). В таких случаях срок должен считаться установленным, а договор заключенным.

Но как формально-догматически обосновать вывод, сделанный нами выше исключительно из политико-правовых соображений? Ведь при увязке срока с условием первый устанавливается путем указания на событие, которое может и не наступить. Между тем абзац второй ст. 190 ГК РФ прямо указывает на то, что срок может быть установлен путем указания на событие, которое должно неизбежно наступить. *De lege ferenda* разрыв между политико-правовой нежелательностью ограничения свободы договора в этом вопросе и буквой закона должен быть преодолен с помощью устранения или видоизменения нормы абзаца второго ст. 190 ГК РФ, отсылающей к неизбежности события. *De lege lata* же остается только один способ достижения желаемой цели — отказаться от толкования п. 3 ст. 190 ГК РФ по принципу *a contrario* («от обратного») и начать расширительно толковать эту статью как указывающую не на исчерпывающий, а на примерный перечень вариантов установления условий. Если не считать перечень вариантов установления срока, упомянутый в ст. 190 ГК РФ, исчерпывающим, то возможность установления срока путем указания на отлагательное или отменительное условие оказывается не противоречащей букве закона.

Крайне распространенным вариантом переплетения условия и срока является установление в договоре срока на исполнение одним контрагентом последующего обязательства как начинающего течь с момента осуществления другим контрагентом исполнения предшествующего обязательства. Почти все синаллагматические договоры предусматривают именно такой способ установления срока («оплатить в течение столько-то дней с момента поставки», «выполнить работы в течение столько-то дней после внесения предоплаты» и т. п.).

В силу ограничительного толкования ст. 190 ГК РФ как якобы не допускающей установления срока путем указания на событие, которое может и не наступить, распространилась судебная практика, согласно которой срок исполнения встречного обязательства считается несогласованным, если начинает течь с момента осуществления предшествующего исполнения (например, внесения предоплаты). Ряд судов зачастую с большой охотой признает условия о сроке недействительными, а в случае договора подряда и других договоров, для которых срок является

существенным условием, — и весь договор незаключенным⁶⁰. Такой фатальный для воли сторон вывод делается на том основании, что срок исполнения обязательства одной стороны согласно договору начинает течь с момента, не наступающего неизбежно — с момента исполнения договора другой стороной. Такую практику некоторые известные российские цивилисты (в частности, С.В. Сарбаш) *de lege lata* признают верной⁶¹.

Но согласиться с таким подходом нам не позволяют очевидные политико-правовые соображения. Тем, кто имеет отношение к бизнесу, хорошо известно, что подавляющее большинство коммерческих договоров привязывает начало течения срока на исполнение договора одной из сторон к моменту осуществления исполнения другой стороной. Ни в одной стране мира юристам не приходит в голову абсурдная идея вывести вне закона такие способы установления срока. А главное: никаких политико-правовых причин ограничивать свободу договора в этом случае, как правило, нет. Между тем, как не раз уже отмечалось в настоящей статье, ограничение свободы договора допустимо только там, где для этого имеются очень веские политико-правовые основания. Как верно отмечает С.А. Громов, такое жесткое ограничение свободы договора может быть оправдано только тогда, когда этого требуют очевидные политико-правовые интересы ясности оборота (например, в случае доверенностей)⁶². В случае же договорных отношений, особенно с участием предпринимателей, бороться с самым удобным и распространенным способом установления срока в договорах было бы глупо.

Поэтому мы поддерживаем предложение С.А. Громова считать установление срока путем указания на период времени, начинающий течь с момента осуществления исполнения контрагентом, вполне допустимым. Причем эту идею нельзя назвать новой: в зарубежном и дореволюционном российском праве хорошо известна конструкция осложнения срока условием, когда срок начинает рассчитываться с момента наступления отлагательного условия⁶³. В Германском гражданском уложении, например, прямо указывается на то, что нормы об условных сделках применяются к договорным положениям о сроках (ст. 163 ГГУ).

Соответственно проводить жесткую разделительную линию между отлагательными и отменительными условиями и сроками нецелесообразно.

Формально-догматически обосновать данный вывод можно, признав перечень способов установления срока в ст. 190 ГК РФ неисчерпывающим и отказавшись

⁶⁰ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общей ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 364–367; Практика применения Гражданского кодекса РФ, частей второй и третьей / под общей ред. В.А. Белова. М., 2009. С. 343–346.*

⁶¹ Сарбаш С.В. *Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 334–335.*

⁶² Громов С.А. *Спорные аспекты учения об условных сделках. С. 283–284.*

⁶³ См.: Хвостов В.М. *Система римского права: учебник. М., 1996. С. 168; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 1. 3-е изд. СПб., 1910. С. 465.*

толковать этот список *a contrario*. Кроме того, применительно к данной проблеме появляется и еще один способ «обезвреживающего» толкования ст. 190 ГК РФ. Согласно абзацу первому этой статьи допускается установление срока в виде периода времени, исчисляемого часами, днями, неделями, месяцам и годами. Причем не уточняется, с какого момента данный период времени может начинать исчисляться, и поэтому ничто не мешает допустить, что таким моментом может быть и исполнение договора другой стороной. Если рассмотреть этот вариант установления срока отдельно от варианта, предусмотренного в абзаце втором ст. 190 ГК РФ, можно вывести из-под удара условия о сроке подавляющего числа всех договоров в экономике, а в случае, когда условие о сроке является существенным, — спасти и сами договоры.

Конечно, выворачивание наизнанку с помощью этих приемов буквы ст. 190 ГК РФ вполне очевидно. Поэтому необходимо внести уже предложенную нами поправку в ст. 190 ГК РФ с целью легализовать, по крайней мере в отношении договоров, возможность установления срока путем указания на условие.

Остается только надеяться, что недавнее постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2007 г. № 5060/07, в котором было признано не противоречащим ст. 190 ГК РФ установление в договоре подряда срока выполнения работ как некоего периода времени, начинающего течь с момента выполнения договора со стороны заказчика, поможет изменить складывающуюся практику еще до принятия поправок к Гражданскому кодексу⁶⁴. Правда, в этом постановлении Президиум ВАС РФ по сложившейся традиции не дает подробной аргументации своего решения⁶⁵. В связи с этим остается неясно, как он увязывает это решение с прежними своими актами конца 1990-х гг., где он категорически возражал против установления срока путем указания на событие, которое неизбежно должно наступить (информационные письма № 28 и 66). Остается открытым также вопрос, готов ли ВАС РФ радикально пересмотреть свою практику. Или это частичное отступление в отношении тех случаев, когда срок установлен периодом времени, начинающим течь с момента осуществления исполнения одной из сторон, и сохранение прежнего ограничительного подхода в отношении тех случаев, когда истечение срока (например, договора аренды или поручительства) выражено путем указания на событие, чье наступление не гарантировано? А может быть, это постановление является одним из многих примеров непоследовательности судебной практики, из которого не стоит делать столь далеко идущие выводы? Надеемся, что верна все же первая гипотеза.

⁶⁴ Для полного понимания *ratio decidendi* этого решения следует почитать, помимо текста самого постановления Президиума ВАС РФ, еще и текст соответствующего постановления арбитражного суда апелляционной инстанции по этому делу, в котором приводится подробное описание сути признанного Президиумом ВАС РФ законным условия о сроке выполнения работ.

⁶⁵ Если бы ему пришлось это сделать, то всем было бы очевидно, что ВАС РФ выворачивает норму ст. 190 ГК РФ наизнанку ради политико-правовой целесообразности. По сложившимся правилам игры такая судебная активность должна осуществляться скрыто и не афишироваться, дабы не провоцировать неудобные вопросы о разделении властей. Поэтому ВАС РФ, как и аналогичные суды в других странах (разве что отчасти за исключением Верховного суда США), вынужден скрывать активное правотворчество и коррекцию законодательства под ширмой общей фразы о «более точном» или «систематическом» толковании законодательства или пресловутой ссылкой на волю законодателя, в действительности мало кому известную.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

Итак, договор может соединить отлагательное условие и срок таким образом, что (1) срок будет установлен путем указания на день наступления отлагательного условия, (2) срок будет установлен путем указания на период времени, начинающийся течь с момента наступления отлагательного условия, или (3) срок будет оканчиваться в момент наступления отменительного условия.

Во всех трех вариантах условие может быть как случайным, так и потестативным или смешанным. При этом второй вариант применяется в классическом условном sinalлагматическом договоре, в котором срок исполнения последующего обязательства начинает течь в момент осуществления предшествующего исполнения. В этом случае отлагательное условие, запускающее срок на осуществление встречного исполнения, представляет собой исполнение договорного обязательства. Встречное обязательство запускается только при наступлении отлагательного условия, которое в данном случае проявляется в исполнении обязательства первой стороной. Причем такое отлагательное условие может быть потестативным, смешанным или двусторонне-потестативным.

Таким образом, предлагаемое нами решение приводит к тому, что свобода договора и реальные интересы участников оборота не страдают из-за нелепостей и формально-догматических заковырок в дифференциальной квалификации срока и условия.

Нарушение договора как потестативное или смешанное условие

Как мы видим, есть определенные основания все sinalлагматические договоры, в которых право требования последующего исполнения возникает только при осуществлении исполнения предшествующего, по определению признавать условными сделками. Соответственно исполнение одной стороной предшествующего договорного обязательства (по выплате предоплаты, выдаче кредита и т. п.) является потестативным или смешанным условием в отношении встречного обязательства другой стороны.

Но может ли быть потестативным или смешанным условием нарушение договора? Ведь, по сути, любые меры ответственности за нарушение договора предполагают возникновение у кредитора нового права требования, а у должника — нового обязательства *при условии* нарушения им договора.

Проблема заключается в том, что одним из ограничений на допустимость условия, отмечаемое некоторыми современными авторами, является законность условия. Л.В. Кузнецова считает недопустимым установление в качестве условия совершение деяния, признаваемого по действующему законодательству правонарушением⁶⁶. Но если незаконное условие невозможно, то означает ли это, что невозможно составить условную сделку, где в связи с правонарушением (в том числе нарушением договора), допущенным одной из сторон договора, дополни-

⁶⁶ Кузнецова Л.В. Указ. соч. С. 206, 217.

тельные права будут возникать у другой стороны? Некоторые российские цивилисты подтверждают возможность существования таких условий. В частности, С.А. Громов отмечает допустимость согласования условия, состоящего в нарушении договора одной из сторон, если наступление этого условия порождает определенные преимущества и открывает дополнительные возможности для пострадавшего от правонарушения контрагента. Этот автор поддерживает законодатель стран (Швейцарии, Латвии), признающих недопустимым противоправным условием только такое условие, которое прямо или косвенно способствует противозаконному или безнравственному действию⁶⁷. Примером служит ст. 157 Обязательственного кодекса Швейцарии. Согласно этой статье не будет иметь юридической силы требование, вытекающее из наступившего условия, которое было согласовано с целью способствовать незаконному или аморальному действию или бездействию. Я.В. Карнаков также придерживается точки зрения, согласно которой возможно согласование условия, хотя и указывающего на неправомерное или аморальное действие, но по своей цели стимулирующего воздержание от такого поведения и налагающего на лицо, совершившее соответствующее неправомерное или аморальное действие, определенные отрицательные последствия⁶⁸.

Полностью поддерживая позицию указанных авторов, мы не видим никаких политико-правовых оснований возражать против таких видов условий, которые функционально направлены на защиту прав пострадавшего от нарушения кредитора.

Итак, все меры ответственности имеют условную правовую природу. Между тем российским юристам иногда трудно осознать, что условные инструменты пронизывают всю систему гражданского права, проявляя себя в том числе и в порядке заключения договора (где оферта по сути очень похожа на условное волеизъявление, вступающее в силу при поступлении акцепта), в порядке встречного исполнения, в мерах обеспечения, а также в мерах ответственности и ряде других гражданско-правовых институтов. Тем не менее наличие явной близости правовой природы указанных конструкций было бы странно. Соответственно можно прямо признавать меры ответственности порождающими условные обязательства. Но можно и использовать какую-нибудь «квазиусловность», предоставляющую компромисс между жестким разделением мер ответственности и условных сделок, с одной стороны, и признанием их единой правовой природы — с другой.

В отношении типичных мер ответственности особенных практических проблем в связи с признанием или непризнанием нарушения договора отлагательным потестативным условием не возникает. Никто же не будет подвергать сомнению юридическую силу условия о неустойке или право взыскания договорных убытков? Соответственно в этом случае вопрос об условной природе обязательства нарушителя по выплате убытков, неустойки или процентов годовых носит скорее теоретический характер.

⁶⁷ Громов С.А. Указ. соч. С. 287–288.

⁶⁸ Карнаков Я.В. Указ. соч. С. 157.

Ситуация не сильно усложняется, и когда речь заходит о нетипичных мерах ответственности. В практике достаточно распространены скрытые неустойки, такие как условие об увеличении объема исполнения должника в случае допущенного им нарушения (например, оговорка о повышении процентов при просрочке в договоре кредита), об уменьшении объема встречного исполнения кредитора (например, оговорка об уменьшении цены в случае просрочки поставки товара), о присвоении полученного от нарушителя ранее аванса и другие подобные конструкции⁶⁹. Возникает соблазн такие механизмы обозначать как условные, где в качестве потестативного отлагательного условия выступает нарушение договора. Мы не видим в этом необходимости. Такие скрытые штрафные санкции стоит рассматривать просто как особые виды неустоек. С их помощью на нарушителя возлагается дополнительное имущественное обременение, а по сути — изымается у должника и передается кредитору некий заранее определенный или определяемый объем имущества (как правило, деньги) в качестве санкции за нарушение.

Проблема возникает в отношении положений договоров, нарушение которых влечет иные правовые последствия, не связанные с возложением на нарушителя дополнительного имущественного бремени. Примером могут послужить условия договора поставки газа о том, что при просрочке в оплате принятого газа за один из месяцев в дальнейшем покупатель переводится на авансовую форму расчетов за поставляемый газ (отлагательное условие). Кроме того, в договорной практике часто встречаются условия, согласно которым договор прекращается, в случае если происходит то или иное нарушение (отменительное условие)⁷⁰. Такие механизмы представляют собой особые непоименованные санкции за нарушение договора, не являющиеся при этом мерами ответственности. Никаких специальных норм в отношении таких инструментов в ГК РФ нет. Учитывая, что некоторые судьи исходят из тезиса «запрещено все, что прямо не разрешено» даже в гражданском праве, с судебным признанием таких механизмов защиты могут возникнуть затруднения. Для того чтобы избежать этих проблем, судье нужно предложить какую-нибудь известную и прописанную в учебниках правовую квалификацию соответствующего положения договора. Самым логичным было бы

⁶⁹ Подробнее см.: Карпетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005.

⁷⁰ Иногда у российских судов возникают претензии к такого рода оговоркам об автоматическом расторжении договора при наступлении некоего потестативного отменительного условия. Например, в информационном письме от 28 ноября 2003 г. № 75 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с договором страхования» (п. 16) Президиум ВАС РФ не признал допустимым применение прямого указания договора страхования о том, что невнесение страхователем очередного взноса в рамках рассроченной оплаты страховой премии прекращает договор страхования. Вместо того чтобы признать свободу договора, ВАС РФ подменил вполне ясно выраженную волю, установив, что эта оговорка не освобождает от необходимости направить страхователю заявление об одностороннем отказе. По сути, он перекалвалифицировал потестативное отменительное условие в оговорку об одностороннем отказе, проигнорировав волю сторон. Учитывая, что договор страхования является, как правило, договором присоединения, и принимая во внимание соображения справедливости и неравенство переговорных сил сторон, в конкретных случаях такой отход от буквы договора следует признать возможным (ст. 428 ГК РФ). Но выводить из этого тотальный запрет на оговорки об автоматическом прекращении договора в случае того или иного нарушения договора (особенно между предпринимателями) было бы неуместным ограничением предпринимательской свободы.

признание условного характера таких договорных конструкций (ст. 157 ГК РФ). Но в равной степени можно было бы и не подводить эти особые санкции под понятие условных обязательств, а придумать для них какое-нибудь особое место в системе гражданско-правовых институтов (например, особая мера оперативного воздействия).

Главное — это абсолютная законность любых таких конструкций и отсутствие каких-либо оснований для ограничения свободы договора независимо от того, признаются они условными, подводятся под какую-то поименованную гражданско-правовую конструкцию (ответственность, обеспечение и т. п.) или считаются неким институтом *sui generis*.

Упреждая возражения некоторых юристов о том, что квалификация мер ответственности как условных механизмов не стыкуется с применением п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления или ненаступления условия, заметим, что на самом деле никакой нестыковки нет. Важно отметить, что указанная в п. 3 ст. 157 ГК РФ фикция к таким условиям, как нарушение договора, неприменима по вполне понятным причинам. Дело в том, что данная фикция «включается», если из договора проистекает подразумеваемая обязанность обеспечить наступление условия, так как только тогда лицо, от которого зависит наступление условия, можно обвинить в недобросовестности. Но из договора никогда не проистекает подразумеваемая обязанность его нарушить. Следовательно, надлежащее исполнение договора не может рассматриваться как недобросовестное уклонение от содействия наступлению условия. Соответственно из самого содержания п. 3 ст. 157 ГК РФ следует, что фикция наступления или ненаступления условия в отношении таких условий неприменима.

Итак, нарушение договора должником может быть отлагательным или отменительным условием, особенно когда наступление этого условия направлено на обеспечение прав и интересов пострадавшего кредитора.

Если отечественное право окончательно признает, что нарушение договора может являться потестативным или смешанным условием на стороне должника, то необходимо будет сделать одно уточнение. Если бы в России применялся романский правовой запрет на потестативные условия, зависящие от должника, мы были бы вынуждены либо признавать эти оговорки договора незаконными, либо ни в коем случае не квалифицировать их в качестве условных сделок. Напротив, если указанный запрет не применять, то нестандартные санкции вполне можно рассматривать как условные конструкции и при этом не сомневаться в их законности.

Требования к условию

Другой крайне важный вопрос — о той степени буквальности, с которым условие должно наступить. В российском праве этот вопрос по большому счету не изучался. В то же время за рубежом он приковывает к себе серьезное внимание

правоведов⁷¹. Речь идет о том, что в ряде случаев обстоятельство, обозначенное сторонами как отлагательное или отменительное условие, может наступить с незначительными отступлениями от того вида, в котором оно было запланировано. Например, когда отлагательным условием для покупки является выдача кредита покупателю, ему может быть выдан кредит, но не на всю сумму покупки, а лишь на 90%. Или когда отлагательным условием договора подряда является выдача лицензии на те виды работ, которые подрядчик собирается осуществлять, ему может быть не выдана лицензия на один из десяти необходимых видов работ. Можно ли считать, что условие наступило, если фактическое «качество» соответствующего обстоятельства, служащего отлагательным или отменительным условием, отличается от «качества», предусмотренного в договоре?

На наш взгляд, принцип буквального соответствия (*strict compliance*), существующий, например, в праве США, в данном случае будет противоречить духу гражданского права. Вместо него следует применять принцип существенного соответствия: фактическое обстоятельство, для того чтобы оно влекло наступление условия, должно существенно соответствовать положениям договора. Незначительные отступления, не имеющие принципиального характера, не препятствуют признанию условия наступившим.

De lege lata этот принцип можно проводить в жизнь со ссылкой на применение принципа существенности нарушения (ст. 450 ГК РФ) по аналогии закона или просто апеллируя к ст. 10 ГК РФ.

Дифференциация потестативных/смешанных условий

Памятуя о том, что в странах с романской правовой системой запрет вводится только в отношении потестативных условий на стороне должника, проведем классификацию потестативных, а заодно и смешанных условий в зависимости от того, кто из контрагентов обеспечивает наступление условия.

Для начала следует разрешить одно логическое препятствие. Если не допускать возможности существования условных обязательств, а ограничиваться только рассмотрением полностью условных сделок, то вопрос разграничения потестативных/смешанных условий на стороне должника и кредитора поставит нас в тупик. Ведь в большинстве случаев в обороте встречаются двусторонние синаллагматические договоры, где каждая из сторон является и должником в отношении своего обязательства, и кредитором в отношении встречного обязательства своего контрагента. Потестативное/смешанное условие на стороне кредитора в таком случае будет невозможно отличить от потестативного/смешанного условия на стороне должника, ведь одна и та же сторона выступает в качестве и должника, и кредитора. В связи с этим возможность дифференцированного регулирования потестативных/смешанных условий на стороне должника и кредитора напрямую зависит от признания допустимости существования отдельных услов-

⁷¹ Farnsworth E.A. *Op. cit.* P. 503–523.

ных обязательств. Если мы вопреки западному правовому опыту и здравому смыслу будем допускать только полностью условные сделки, то будем вынуждены либо запрещать, либо легализовать любые потестативные/смешанные условия, не различая то, в чьей власти находится его наступление.

Встречающееся в российской литературе и судебной практике недифференцированное отношение к потестативным/смешанным условиям без уточнения вопроса, от кого из контрагентов зависит его наступление, а также аналогичный недифференцированный запрет на потестативные условия, предлагаемый в проекте Концепции, отчасти связаны с тем, что в России в силу младенческого состояния доктрины условных сделок редко выделялась возможность существования отдельных условных обязательств (частично условных сделок). До последнего времени цивилисты, решавшиеся уделить проблематике условных сделок чуть более чем несколько страниц, в основном держали перед глазами вариант полностью условной сделки. Если мыслить в категориях условности всего договора, то действительно с точки зрения формальной логики трудно определить, кто в договоре является должником, а кто кредитором.

Если же принимать во внимание отдельные условные обязательства, дифференциация по субъектному составу становится очевидной. Соответственно с учетом тезиса о возможности существования частично условных сделок снимается препятствие к тому, чтобы начать анализировать потестативные/смешанные условия дифференцированно на стороне должника и на стороне кредитора.

В результате все потестативные и смешанные условия, от которых зависит возникновение, изменение или прекращение обязательственных правоотношений, подразделяются на те, что полностью или частично зависят от поведения должника (потестативное/смешанное условие на стороне должника), и те, что частично или полностью зависят от поведения кредитора (потестативное/смешанное условие на стороне кредитора).

Момент наступления условия

Последний предварительный вопрос касается определения момента, когда наступает отлагательное или отменительное условие. Если условие носит потестативный характер и зависит от действий или волеизъявлений одной из сторон договора, то было бы несправедливо считать условие наступившим, а обязательство должника возникшим (при отлагательном условии) или, наоборот, прекратившимся (при отменительном условии) в тот самый момент, когда соответствующая сторона совершает то или иное действие или волеизъявление. Ведь должник, не знающий о наступлении условия, может быть поставлен в крайне нелогичное и неприемлемое с политико-правовой точки зрения положение. Например, при наступлении потестативного отменительного условия, зависящего от кредитора, должник, не узнавший о наступлении этого условия, может продолжать исполнять обязательство и нести соответствующие расходы.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

Соответственно естественным решением видится установление в ГК РФ правила о том, что потестативное или смешанное условие не считается наступившим до тех пор, пока другая сторона не узнала или не должна была узнать об этом. Таким образом, лицо, от которого полностью или частично зависит наступление условия, подталкивается к скорейшему уведомлению своего контрагента.

III. Допустимость потестативных и смешанных условий

Перейдем непосредственно к анализу вопроса о допустимости потестативных и смешанных условий, выявив все возможные их варианты в зависимости от того, зависит ли наступление условия от должника или кредитора, а также от того, носят ли они отлагательный или отменительный характер. Наша цель — определить политико-правовые преимущества и недостатки каждого из вариантов сочетания различных характеристик условий и выработать оптимальные *de lege ferenda* нормы, которые могли бы регулировать соответствующие отношения, не вводя ненужных ограничений свободы договора, но при этом минимизируя обнаруженные недостатки. Далее мы обобщим полученные частные решения и индуктивно выведем общие нормы, которые могли бы регулировать потестативные и смешанные условия в отношении условных обязательств. А в итоге уточним полученное регулирование применительно к случаям, когда под условие поставлено не одно обязательство, а весь комплекс прав и обязанностей по договору.

Потестативное/смешанное отлагательное условие на стороне кредитора в условном обязательстве

Как уже отмечалось, в большинстве стран мира не видят проблемы в установлении потестативного условия, если оно зависит от кредитора. Такой подход вполне понятен. На первый взгляд трудно обнаружить достаточные политико-правовые аргументы, которые могли бы перекрыть силу принципа свободы договора. Но так ли это на самом деле?

Для того чтобы ответить на вопрос, следует выяснить, не страдают ли чьи-то интересы при наличии в договоре потестативного или смешанного отлагательного условия на стороне кредитора.

Интересы кредитора от такого условия не страдают, потому что в его власти обеспечить наступление условия и получить формальное право требовать исполнения обязательства должника.

А вот положение должника в этой ситуации не совсем безупречно, так как неизвестно, обеспечит ли кредитор наступление отлагательного потестативного условия, и если да, то когда именно? В результате должник вынужден держать свои активы и иные ресурсы в ожидании решения кредитора. Но эта неопределенность отчасти компенсируется тем, что, когда кредитор уже исполнил свое встречное

безусловное обязательство, он вряд ли будет затягивать с обеспечением наступления отлагательного условия.

В тех же случаях, когда кредитор еще не исполнил свое встречное обязательство, его действительно ничто не подталкивает к обеспечению наступления условия, и неопределенность положения должника не является оптимальным с политико-правовой точки зрения результатом. В отношении случайных условий эта неопределенность устраняется случайным образом, и сделка носит в каком-то смысле алеаторный характер. Следовательно, эта неопределенность в равной степени теоретически может бить по интересам как должника, так и кредитора, и стороны находятся в равном положении. В отношении же тех условий, наступление которых полностью или частично зависит от кредитора, когда встречное обязательство кредитора еще не исполнено, должник оказывается во власти произвольного усмотрения другой стороны.

Соответственно определенные политико-правовые возражения против допущения потестативных или смешанных условий на стороне кредитора могут быть выдвинуты тогда, когда по условиям договора кредитор не должен исполнить свое встречное безусловное обязательство ранее, чем он получает возможность обеспечить наступление отлагательного условия. Возникающая неопределенность в положении должника должна быть устранена. Но ни в коем случае не за счет принципа свободы договора, к которому надо относиться крайне бережно. Право должно использовать более тонкие и точечные инструменты, позволяющие при сохранении воли сторон в силе установить такое регулирование, которое могло бы устранить или минимизировать политико-правовые дефекты соответствующего соглашения, являющиеся издержками договорной свободы.

Мы выступаем за то, чтобы в отношении случая, когда кредитор еще не исполнил свое встречное обязательство, принять на вооружение дифференцированное решение, построенное на изложенных в первой части статьи умозаключениях о различных видах потестативных/смешанных условий.

1. Когда стороны ставят отлагательное потестативное/смешанное условие в зависимости от произвольного выбора кредитора, то они имеют в виду, что обеспечение наступления этого условия находится в полной дискреционной власти кредитора. Соответственно в этой ситуации для устранения потенциально бесконечной неопределенности, крайне нежелательной, право должно подталкивать контрагентов устанавливать максимальный срок ожидания, по истечении которого условное обязательство бы прекращалось, а договор в этой части считался бы расторгнутым.

В этом случае возможны два подхода. В литературе по германскому праву можно найти такое решение: во избежание неопределенности сторона, зависящая от обеспечения потестативного условия другой стороной, может предоставить последней некий разумный срок, по истечении которого наступление потестативного условия уже не будет иметь юридической силы⁷². Нам данное

⁷² Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn.10.*

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

решение не кажется оптимальным, учитывая проблемы с определением разумного срока.

Возможен и иной, более простой в применении вариант. Он состоит в том, чтобы установить на уровне диспозитивной нормы конкретный срок ожидания. У состояния ожидания в этом случае появляется некий диспозитивный горизонт, который позволяет контрагентам лучше планировать свою экономическую активность и не находится в подвешенном состоянии бесконечно.

Однако, с нашей точки зрения, оптимальным является другой вариант, основанный в целом на модификации предыдущего. Он сводится к тому, что по истечении некоего диспозитивного срока договор не будет считаться автоматически расторгнутыми, а каждой из сторон будет предоставлено право на безусловный односторонний отказ от договора в части, пропорциональной данному обязательству, или в целом. Последнее возможно, если прекращение поставленного под условие обязательства в результате расторжения лишает смысла весь договор и другие обязательства сторон.

Предлагаемый вариант лучше автоматического расторжения, так как оставляет судьбу договора в руках контрагентов, которые после истечения установленного в законе срока вполне могли бы быть заинтересованы в продолжении ожидания. В таком случае их молчание будет пролонгировать период ожидания и отодвигать момент снятия условности в отношениях сторон. Но если какой-то из них надоест ждать, то по окончании периода ожидания она сможет расторгнуть договор путем одностороннего отказа и таким образом прекратить неопределенное положение сторон.

Соответственно если кредитор свое встречное безусловное обязательство еще не исполнил и при этом не обеспечивает наступление потестативного условия в течение, скажем, шести месяцев с момента заключения договора, то договор может быть расторгнут в части или целиком по одностороннему заявлению одной из сторон. Другие решения в этой ситуации, видимо, не подходят. Как мы уже отмечали, применение фикции наступления условия в случае необеспечения потестативного или смешанного условия некорректно, когда стороны своим волеизъявлением отдали возникновение обязательства на произвольное усмотрение кредитора, который волен как совершить соответствующее действие, так и уклониться, не боясь быть обвиненным в недобросовестности. В то же время бесконечное ожидание совершения кредитором соответствующего действия может быть очень неприятным для должника. Право должно стремиться устранять такие неопределенные ситуации. Поэтому в качестве диспозитивной нормы предлагаем установить правило, указывающее на конкретный срок ожидания, действующий, если иной срок не был установлен в договоре или не вытекает из природы обязательства. Таким сроком мог бы быть шестимесячный период, но в равной мере и иной конкретный срок.

2. Когда же воля сторон направлена на то, что кредитор обязан стараться обеспечить наступление или, наоборот, избежать наступления потестативного или смешанного условия, как мы уже отмечали, договор создает особую обязанность кредитора вести себя добросовестно и умышленно не подрывать созданные таким обра-

зом ожидания должника. Соответственно право должно применить к этому случаю фикцию наступления или ненаступления условия при уклонении кредитора от выполнения этой прямой или подразумеваемой обязанности. Таким образом, если кредитор, не исполнивший свое встречное обязательство, в течение разумного срока недобросовестно уклоняется от совершения необходимого волеизъявления или действия, без которых потестативное условие или сложный юридический состав смешанного условия не наступают, то отлагательное условие должно считаться наступившим, а обязательство должника — возникшим в силу фикции наступления условия, если, конечно, должник заявит об этом в течение разумного срока.

Приведем пример. По условиям договора поставки товара поставщик должен передать покупателю оборудование, только если покупатель сможет привлечь кредитное финансирование под эту покупку. Покупатель недобросовестно уклоняется от обеспечения данного условия в течение разумного срока, скажем, не прилагая усилий к оформлению кредита. Соответственно отлагательное условие должно считаться наступившим, если поставщик решит воспользоваться своим правом на применение фикции наступления условия и заявит об этом покупателю в течение разумного срока. Например, в условиях падения рынка поставщику найти альтернативного покупателя по сопоставимой цене будет невозможно, и он готов рискнуть и применить фикцию наступления отлагательного условия, введя в силу права и обязанности по договору, хотя знает, что кредит на оплату оборудования покупатель не получил. Такой риск может быть связан, в частности, с тем, что поставщик уверен в общей платежеспособности покупателя и не боится столкнуться с его дефолтом. При выборе поставщиком такого варианта реакции права и обязанности по договору будут считаться вступившими в силу, а поставщик получит право отгрузить товар и потребовать оплаты.

3. Применительно к смешанному условию возникает еще одна вариация. Смешанное условие могло не наступить или, наоборот, наступить не в силу недобросовестного действия или бездействия кредитора, а по объективным причинам (например, в силу уклонения третьего лица, от которого данное смешанное условие также зависело). Применение фикции наступления или ненаступления условия в этом случае неуместно. Достаточно представить себе вышеприведенный пример с поставкой оборудования и вообразить, что кредит покупатель не получил по объективным причинам, а не в силу собственной недобросовестной пассивности. Было бы несправедливо давать поставщику право заявить о применении фикции наступления условия в ситуации, когда ему известно, что у покупателя нет финансовых ресурсов для оплаты. Поэтому здесь больше подходит предложенное нами выше правило о предоставлении каждой из сторон права расторгнуть договор по прошествии диспозитивного шестимесячного срока.

Не стоит ли данные правила сформулировать более общим образом, распространив и на те случаи, когда кредиторы свои обязательства уже выполнили? Выше отмечалось, что кредитор, уже осуществивший свое исполнение, не имеет особого интереса в недобросовестном уклонении от обеспечения отлагательного условия для встречного обязательства должника. И на первый взгляд эта ситуация не требует императивного вмешательства. Но так ли это на самом деле?

Проанализируем два примера, где кредитор уже исполнил свое встречное обязательство: в одном случае рассмотрим потестативное условие на стороне кредитора, а в другом — смешанное условие на его же стороне. Итак, в первом примере заказчик по условиям договора на оказание юридических услуг должен исполнять свое безусловное обязательство по внесению платежа, а исполнитель — оказать юридические консультационные услуги при условии поступления от заказчика соответствующего запроса на консультацию. В данном случае заказчик, оплативший консультацию и не выславший запрос, не обеспечивает наступление отлагательного потестативного условия себе во вред. И винить его в недобросовестности будет странным. Следовательно, в данной ситуации нет необходимости «включать» фикцию возникновения условия. Применять же норму о расторжении договора по прошествии определенного срока будет несправедливым по отношению к подрядчику, уже получившему исполнение (платеж) от заказчика. Ведь при прекращении его обязательства полученное от кредитора ранее придется вернуть как неосновательное обогащение. Притом что наступление условия зависит от кредитора, такая дестабилизация оборота была бы неадекватной. Поэтому в данном случае можно допустить сохранение неопределенной ситуации, надеясь на то, что вменяемый кредитор слишком долго затягивать с обеспечением условия не будет.

Представим теперь второй пример: отлагательное условие носит смешанный характер и лишь отчасти зависит от кредитора, уже исполнившего свое встречное обязательство. Такого рода ситуации встречаются редко, но тем не менее их нельзя игнорировать. Качество поведения кредитора в отношении этого условия может быть разным. С одной стороны, смешанное условие могло не наступить по вине кредитора. Скажем, по условиям договора заказчик обязан внести предоплату, а исполнитель — оказать дизайнерские услуги по обустройству строящегося киноконцертного зала при условии получения заказчиком разрешения на ввод здания в эксплуатацию. Заказчик после заключения договора внес предоплату, но отлагательное условие не наступило (разрешение не было получено). Если оно не было получено в связи с тем, что заказчик необоснованно уклонился от совершения необходимых действий для его получения, то опять же применение фикции наступления условия является неуместным. Представляется, что данная ситуация не подпадает под действие правила о фикции наступления условия, так как наступление условия было выгодно именно заказчику (кредитору) и соответственно он действовал (или бездействовал) во вред себе. Его поведение можно назвать странным и даже глупым, но вряд ли недобросовестным. Таким образом, в этом случае также можно допустить неопределенность ситуации, не «включая» фикцию наступления условия, с одной стороны, и не расторгая договор — с другой.

Вместе с тем смешанное условие может не наступить не в силу саботажа кредитора, а в силу неких объективных причин. Кредитор в такой ситуации оказывается заложником сложившегося положения. Он уже осуществил свое исполнение, но в силу объективных причин, от него не зависящих, не может получить право требования исполнения от должника. Данная ситуация не может быть подведена под действие правила о фикции наступления условия, так как в поведении ни должника, ни кредитора нет элементов недобросовестности. Должно ли право протягивать руку оказавшемуся в таком нелегком

положении кредитору? Например, по условиям договора поставки сложного технического оборудования поставщик, отгрузивший товар, получает право требовать оплаты не ранее, чем представит покупателю банковскую гарантию определенного банка на покрытие расходов покупателя на устранение возможных выявленных дефектов. Ненаступление этого отлагательного условия происходит из-за отказа указанного в договоре банка от выдачи такой гарантии из-за финансовых сложностей самого банка. По этой причине покупатель не обязан оплачивать полученное оборудование, и поставщик оказывается в тупиковом положении. Помощь теоретически может быть оказана двумя способами. Во-первых, можно по прошествии определенного диспозитивного срока считать договор расторгнутым и дать кредитору (поставщику) право истребовать у должника (покупателя) как неосновательное обогащение то, что он успел ему передать (в нашем примере — товар). Во-вторых, право может «включать» фикцию наступления отлагательного условия, несмотря на отсутствие недобросовестности в поведении сторон. В последнем случае кредитор получит право требовать исполнения должником своего обязательства независимо от того, что отлагательное условие не наступило. Оба вышеуказанных варианта не безупречны.

Вариант с расторжением договора по прошествии определенного времени может быть во многих случаях выгоден кредитору. Но расторжение договора в такой ситуации может сильно ударить по интересам должника, так как у него, по сути, изымается то, что он получил от кредитора ранее, и тем самым подрываются его обоснованные коммерческие ожидания от реализации сделки. В примере с поставкой оборудования расторжение договора в ситуации, когда поставщик уже поставил товар, является абсолютно неприемлемым вариантом с точки зрения защиты прав покупателя.

В конкретной ситуации кредитору может быть также выгодно, наоборот, наступление фикции условия, а не расторжение. Но такой вариант был бы против интересов должника в некоторых случаях, если для него принципиально наступление условия именно в оговоренном формате. В рассматриваемом примере предоставление поставщику права взыскать долг за оборудование, не обеспечив покупателя нужной гарантией, вовсе не учитывает интересы покупателя.

В таких достаточно сложных ситуациях, видимо, не обойтись без норм, содержащих оценочные критерии. В этом случае можно установить правило, согласно которому фикция наступления условия включается, если с учетом сопоставления ущерба интересам кредитора и должника, необходимости соблюдения баланса интересов стороны, качества поведения кредитора и иных конкретных обстоятельств дела у должника нет разумных оснований отказывать от осуществления встречного исполнения. *De lege lata* эта идея может облекаться в форму принципа добросовестности (ст. 10 ГК РФ). В частности, если в нашем примере поставщик обеспечит покупателю банковскую гарантию другого, не менее известного и надежного банка, а покупатель без серьезных оснований откажется считать отлагательное условие наступившим и оплачивать оборудование, то суду следует проигнорировать формальное отсутствие условия и взыскать долг в целях предотвращения злоупотребления правами.

Подводя итог, обратим внимание на то, что никаких оснований для признания сделки или положения об отлагательном условии недействительными, если это условие носит потестативный или смешанный характер и зависит от кредитора, нет и быть не может. Несправедливость и иная политико-правовая шероховатость подобной конструкции, проявляющаяся в некоторых случаях, легко устраняется куда менее радикальными средствами, такими как фикция наступления условия и расторжение договора по прошествии некоторого периода ожидания. Если мы воспринимаем принцип свободы договора всерьез, то не должны прибегать к признанию сделок или условий недействительными, если для этого нет достаточных политико-правовых оснований, а также если политико-правовые недочеты соответствующего условия или сделки могут быть исправлены без аннулирования воли сторон.

Потестативные/смешанные отменительные условия на стороне кредитора

Перейдем к поиску оптимальных политико-правовых решений в отношении потестативных или смешанных условий отменительного характера на стороне кредитора. Отменительные условия с политико-правовой точки зрения кажутся неоднозначным явлением. Аргументы о неопределенности положений сторон и о возможном произволе кредитора получают в этом случае серьезное подкрепление. Возникновение и течение обязательств провоцирует стороны нести расходы и рассчитывать на доходы. Это суть бизнеса. В договорах с отменительным условием обязательства уже имеются, исполнять их надо, заключать последующие сделки по эффективному использованию получаемого блага просто необходимо, но страх наступления отменительного условия формирует крайне противоречивые стимулы для контрагента. В нашем случае с отменительным условием на стороне кредитора должник не может спокойно положиться на заключенный контракт, а вынужден готовиться к его исполнению и исполнять его с постоянной оглядкой на вероятность неожиданного прекращения обязательств и, следовательно, возможную тщетность всех расходов и призрачность всех планируемых доходов. С точки зрения политико-правового интереса в обеспечении стабильного оборота данная проблема выглядит куда более серьезно, чем проблема неопределенного положения сторон при отлагательном условии. Этот фактор значительно усиливает остроту вопроса о политико-правовой желательности таких конструкций.

Сказанное не значит, что надо немедленно запрещать отменительные условия вообще или потестативные отменительные условия в частности. Такие поспешные действия, к сожалению, характерны для российской цивилистики, зачастую не желающей погружаться в политико-правовые детали и предпочитающей простые и грубые решения сложных проблем.

Нам представляется, что в качестве общего правила следует признать возможность и отменительных потестативных/смешанных условий на стороне кредитора. При наличии в договоре потестативного или смешанного отменительного условия на стороне кредитора последний имеет права, аналогичные тем, которые предоста-

влет механизм расторжения договора. Это означает, что если обязательство должника еще не исполнено, то наступление отменительного условия по инициативе (потестативное условие) или при содействии (смешанное условие) кредитора прекращает данное обязательство. Если кредитор до этого момента свое встречное исполнение уже произвел, то прекращение обязательства должника делает удержание им полученного от кредитора неосновательным обогащением, которое должно быть возвращено в порядке кондикции. Если же кредитор свое встречное обязательство еще не произвел, то прекращение обязательства должника влечет неизбежное прекращение и встречного обязательства кредитора в силу того, что отпадает кауза исполнения.

Как мы видим, если говорить о потестативном условии, то, по сути, речь идет о механизме расторжения договора. Недаром во французском ГК расторжение нарушенного договора прямо предусматривается именно как реализация подразумеваемого отменительного условия (ст. 1184 ФГК). Не углубляясь в догматику вопроса о сравнении права расторжения и наступления потестативного отменительного условия на стороне кредитора, отметим, что на практике эти институты очень близки, причем в некоторых случаях до степени смешения. Зачастую одну и ту же идею можно закрепить в договоре двумя разными правовыми конструкциями. В частности, на практике стороны в некоторых случаях могут обозначить расторжение договора либо путем указания на потестативное отменительное условие на стороне кредитора, либо как право на односторонний отказ от договора, предусмотренное в Гражданском кодексе (п. 3 ст. 450 ГК РФ) и достигающее, по сути, того же или близкого результата. На идентичность конструкций отказа от договора и потестативного отменительного условия указывается и в зарубежной литературе⁷³.

Если же речь идет о смешанном отменительном условии на стороне кредитора, то это, конечно, никакой не отказ от договора, однако оно идентично ему по своим последствиям. Если в связи с потестативным отменительным условием на стороне кредитора договор расторгается в связи с односторонним волеизъявлением, как бы оно ни называлось — односторонний отказ от договора или реализация потестативного условия, то в случае смешанного условия действие или волеизъявление кредитора также является необходимым, но недостаточным фактором наступления нужного отменительного условия. Требуется еще и некое независимое от кредитора событие или действие третьих лиц (выделение кредита, продажа квартиры, сокращение штата, реструктуризация полученных кредитов и т. п.). Тем не менее в результате в случае наступления условия мы имеем расторжение прежнего договора в части этой связки обязательств сторон или полностью. Например, банк обязался кредитовать заемщика в рамках кредитной линии. Причем в контракте предусмотрено, что обязательство банка по выдаче кредита прекращается при снижении рейтинга финансовой устойчивости компании-заемщика до уровня, меньше указанного в договоре. В такой ситуации снижение рейтинга означает наступление смешанного условия на стороне кредитора, которым в обязательстве по выдаче кредита является заемщик.

⁷³ См., напр.: Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn.10; Coninck de J. Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition. P. 860.*

Как только потестативное отменительное условие на стороне кредитора сравнивается с правом на расторжение договора, такой вид условия уже не кажется чем-то очень сложным и неприятным. Это уже само по себе снимает часть вопросов о политико-правовой целесообразности ограничения свободы договора. Никому же не приходит в голову запретить указание в п. 3 ст. 450 ГК РФ на возможность зафиксировать право на односторонний отказ от договора в законе? Так почему должны возникать проблемы у аналогичного института потестативного (и тем более смешанного) отменительного условия на стороне кредитора?

При этом нельзя забывать, что если до расторжения кредитор успел передать должнику некое имущественное благо, за которое не получил встречное удовлетворение в связи с прекращением обязательства, то он вправе потребовать кондикции.

Таким образом, при взвешивании принципа свободы договора и контраргументов, обосновывающих ограничение потестативных или смешанных отменительных условий на стороне кредитора, можно прийти к выводу о приоритете свободы договора.

Но если мы в целом допускаем потестативное или смешанное отменительное условие на стороне кредитора, то необходимо ответить на вопрос о применении к такому виду условия норм о шестимесячном сроке ожидания и фикции наступления или ненаступления условия, которые уже применялись нами к аналогичным отлагательным условиям.

Когда речь шла об отлагательном условии, мы признали, что ненаступление отлагательного потестативного или смешанного условия не должно приводить договор в состояние вечного ожидания. Право должно завершать такие неопределенные состояния. В связи с этим нами было предложено установить диспозитивный шестимесячный срок ожидания, по окончании которого любая сторона может расторгнуть договор путем предъявления соответствующего одностороннего заявления. Но применительно к отменительному условию такое решение было бы неуместным. Наступление отменительного условия само по себе сопоставимо с расторжением договора. Однако даже если модифицировать данное последствие и представить его таким образом, что по истечении шести месяцев обязательство должника очищается от риска наступления отменительного условия, то и тогда такой сценарий следует отвергнуть. Если договор дает право одной из сторон либо своим односторонним действием или волеизъявлением, либо в сочетании с иными внешними событиями или действиями третьих лиц прекратить обязательство должника, то это право необходимо считать предоставленным на бессрочной основе, если иное не оговорено. Ведь ГК РФ, так же как и законодательство других стран, каким-либо определенным сроком не ограничивает право стороны заявить об одностороннем отказе от договора, если такое право предусмотрено договором. Соответственно нет оснований и в этом случае вводить такое ограничение. Вместе с тем никто не мешает сторонам установить такой срок, по истечении которого угроза наступления отменительного условия отпадает.

Что же до фикции наступления или ненаступления условия, то, с нашей точки зрения, этот механизм в принципе применим к отменительным потестативным/смешанным условиям, если, конечно, из толкования договора вытекает обязанность стороны, от которой зависит наступление этого условия, содействовать его наступлению или, наоборот, избегать его наступления. На самом деле в отношении отменительных условий такая подразумеваемая обязанность будет выводиться из толкования договора достаточно редко. Например, нечасто встречаются договоры, по сути возлагающие на кредитора обязанность их расторгнуть. Но исключить такой вариант нельзя.

Например, у условной авиакомпании «1» возникают финансовые затруднения в связи с ростом средств на авиационное топливо, и она заключает договор с авиакомпанией «2». По этому договору последняя обязуется осуществлять рейсы авиакомпании «1», перевозя пассажиров по уже проданным той компанией билетам и грузы, которые та ранее взяла на себя обязательство перевезти. В договоре между авиакомпаниями указывается, что обязательство авиакомпании «2» прекращается, как только авиакомпания «1» удастся привлечь кредитное финансирование или выпустить облигации на указанную в договоре сумму, необходимую для разблокировки работы авиакомпании. В данной ситуации, по сути, обязательство должника (авиакомпания «2») поставлено под отменительное смешанное условие, зависящее от кредитора (авиакомпания «1»). Причем из содержания договора вытекает подразумеваемая обязанность прилагать усилия к обеспечению данного условия. Если кредитор (авиакомпания «1») будет саботировать указанные в договоре механизмы привлечения финансирования, например даже не подав заявку в банк и просто переложив бремя этих перевозок на должника (авиакомпанию «2»), то суд может констатировать недобросовестность его поведения. А следовательно, в этом случае имеются основания для включения фикции наступления условия. Обязательство должника должно считаться прекращенным. Авиакомпания «2» взяла на себя обязанность помочь своему партнеру на время поиска им стратегического решения. Но если тот перестает искать решение и паразитирует на должнике, то право не должно допускать такое поведение и давать должнику возможность освободиться от условного обязательства, «включив» фикцию наступления условия.

Потестативные/смешанные отлагательные условия на стороне должника

Во многих (но далеко не во всех) странах вводится ограничение на потестативное условие на стороне должника — такое условие, которое обуславливает наступление обязательства должника совершением должником тех или иных действий или волеизъявлений по модели «заплачу, если захочу» или «заплачу, если завтра выйду на улицу». Считается, что это обязательство иллюзорно. Иначе говоря, такого рода условие означает, что должник не взял на себя полноценное обязательство, раз он вправе как обеспечить, так и не обеспечить его наступление по собственному усмотрению (догматический аргумент)⁷⁴. Кроме

⁷⁴ Coninck de J. *Parsimony in Contract Law — The Case of the Potestative Condition*. P. 858.

того, такое условие отдает кредитора в зависимость от произвола должника (аргумент о справедливости).

Но есть ли на самом деле основания для такого вывода? Почему именно в случае, когда наступление условия зависит от должника, право ряда зарубежных стран проявляет патернализм и ограничивает свободу договора, не выказывая аналогичного интереса к потестативным условиям на стороне кредитора? Почему неопределенность положения должника, зависящего от желания кредитора обеспечить наступление условия, оказывается менее заслуживающей защиты, чем аналогичное положение кредитора, таким же образом зависящего от должника?

На эти вопросы не так легко ответить. Более того, нам представляется, что на них вообще трудно дать какой-либо внятный ответ. Право же должно внятно отвечать на вопросы о причинах дифференцированного отношения к аналогичным фактическим ситуациям, иначе оно перестает быть рациональным предприятием, а становится просто игрой в рулетку.

По сути стоит согласиться с тем, что обязательство, взятое на себя стороной при условии, что оно возникнет позднее, если должник подтвердит его или совершит иные действия, без которых оно не может возникнуть, не является полноценным обязательством. Его еще нет до тех пор, пока соответствующее отлагательное условие не наступит. Но что плохого в договоре, предусматривающем такого рода «неполноценное» обязательство?

Представим себе две ситуации. При первой кредитор свое встречное обязательство еще не исполнил и по условиям договора должен его исполнить после осуществления этого иллюзорного обязательства должника. При второй кредитор свое встречное обязательство уже исполнил.

В первом случае сторона, обязавшаяся осуществить исполнение ранее контрагента, отодвинула возникновение этого обязательства до момента, когда она сама совершит то или иное действие либо волеизъявление. Однако иллюзорность этого обязательства неминуемо влечет и иллюзорность встречного обязательства кредитора. В итоге иллюзорным оказывается весь договор, по крайней мере в части данной связки двусторонних обязательств. Такого рода конструкция вызывает стандартное возражение — неопределенность положения сторон. Но не более того. Кредитор не оказывается лицом к лицу с произволом должника, так как сам еще ничего не исполнил. Соответственно необеспечение должником наступления отлагательного условия лишает права на получение встречного исполнения и самого должника. Таким образом, единственное возражение против такого рода условий — неопределенность положения сторон. Между тем этого возражения, на наш взгляд, недостаточно, чтобы преодолеть презумпцию свободы договора и признать договор недействительным. Данную нежелательную неопределенность можно устранить и с меньшими издержками, воспользовавшись уже известными приемами (предоставление сторонам по прошествии определенного диспозитивного срока права на произвольный односторонний отказ и «включение» фикции наступления условия). По аналогии с тем, о чем шла речь выше в отношении отлагательного потестативно-

го/смешанного условия на стороне кредитора, можно было бы установить следующий набор правил применительно ситуации, когда кредитор еще не исполнил свое встречное обязательство.

- 1. Если обязательство должника обусловлено отлагательным условием, полностью или частично зависящим от его собственных действий, и при этом кредитор еще не исполнил свое встречное обязательство, то уклонение должника от содействия наступлению этого условия, а также ненаступление этого условия по независящим от должника причинам в течение шести месяцев после заключения договора приводит к тому, что договор в соответствующей части или в целом может быть расторгнут по одностороннему заявлению одной из сторон, если иной срок или иные последствия не предусмотрены в договоре или не вытекают из природы обязательства.*
- 2. Если в ситуации, описанной выше, из указания в договоре или толкования воли сторон вытекает, что стороны подразумевали обязанность должника способствовать наступлению или избегать наступления этого условия, то недобросовестное нарушение должником этой обязанности дает кредитору право в течение разумного срока заявить о признании условия наступившим или ненаступившим.*

Представляется, что применение этих норм способно разрешить затруднения, связанные с неопределенностью положений сторон, не уничтожая их волю и давая шанс должнику обеспечить наступление отлагательного условия, «включив» как свое условное, так и встречное обязательство кредитора.

Но когда кредитор свое встречное обязательство уже осуществил, а встречное обязательство должника поставлено под отлагательное условие, зависящее полностью или частично от его собственных действий, ситуация несколько усугубляется. Кредитор, уже исполнивший свое обязательство, может оказаться в полной власти должника, который становится заинтересованным тянуть с обеспечением наступления условия сколь угодно долго. В этой ситуации кредитор становится заложником произвольного усмотрения должника, что, конечно, нельзя признать желательным с политико-правовой точки зрения эффектом. Этот негативный аспект в дополнение к фактору неопределенности и нежелательности неосновательного обогащения может подтолкнуть некоторых к тому, чтобы признать такой договор недействительным. Но все же куда рациональнее дать должнику шанс обеспечить наступление условия. Праву стоит вмешаться, только если должник будет тянуть слишком долго. В данном случае следовало бы допустить применение фикции наступления условия. Иначе должник мог бы бесконтрольно получить неосновательное обогащение, имея право свое встречное исполнение не осуществлять сколь угодно долго или даже никогда.

Скажем, если обязательство заказчика, получившего по акту результат выполненных работ, поставлено в полную или частичную зависимость от совершения некого действия или дополнительного волеизъявления самого заказчика, например от выражения удовлетворенности результатом работ (потестативное условие) или согласования финансирования этих работ банком или конечным бенефициаром данных работ (смешанное условие), то ненаступление условия в течение предус-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

мотренного в законе срока должно влечь снятие характера условности с обязательства заказчика. Условие должно считаться наступившим, а подрядчик соответствующее право требования получившим.

Причем в этой ситуации фикция наступления условия должна применяться (1) независимо от того, является условие зависящим исключительно или частично от должника, (2) независимо от того, что смешанное условие не наступает по причинам, от должника не зависящим, и (3) независимо от того, что из договора не вытекает обязанность контрагента обеспечивать наступление условия.

Эта специфика регулирования данной ситуации объясняется тем, что с политико-правовой точки зрения кредитору, уже исполнившему свое обязательство, требуется безусловная защита от произвола должника, а также тем, что право не должно провоцировать неосновательное обогащение. Что особенно важно, недопустимость неосновательного обогащения заставляет нас отойти от избранного нами метода, при котором фикция наступления условия включается только тогда, когда из договора вытекает подразумеваемая обязанность обеспечивать наступление условия. В ситуации, когда на должнике нет обязанности обеспечивать наступление условия или смешанное условие не наступает по объективным причинам, должника не в чем упрекнуть, но право не может допускать неосновательного обогащения. Кредитор, осуществивший свое исполнение, рано или поздно должен получить причитающееся ему встречное исполнение.

Такое решение куда более точно решает политико-правовую задачу защиты прав кредитора, чем аннулирование сделки.

В итоге получаем следующую возможную норму в отношении потестативных или смешанных отлагательных условий на стороне должника, применяемую в ситуации, когда кредитор свое встречное обязательство уже исполнил.

Если кредитор свое встречное исполнение уже осуществил, а обязательство должника обусловлено отлагательным условием, зависящим полностью или частично от должника, то ненаступление этого условия в течение разумного срока по причинам, как связанным, так и не связанным с должником, приводит к тому, что условие считается наступившим при получении от кредитора заявления о применении фикции наступления условия, если иное не предусмотрено договором, законом или не вытекает из природы обязательства.

Потестативные/смешанные отменительные условия на стороне должника

Еще одно сочетание характеристик условий в условной сделке — потестативное/смешанное отменительное условие на стороне должника. При наличии в договоре такого условия обязательство должника возникает с момента заключения договора, но может быть прекращено в случае совершения должником указанных в договоре действий или волеизъявлений. При потестативном отмени-

тельном условии достаточно просто совершения таких действий или осуществления волеизъявления самим должником. При смешанном условии осуществления таких действий или волеизъявлений недостаточно, но без них условие также не будет считаться наступившим.

В некоторых европейских странах зачастую потестативное условие на стороне должника (в том числе и отменительного характера) вызывает нарекания. Но имеются ли для этого достаточные политико-правовые основания? На наш взгляд, нет.

Действительно, чем так уж плохо обязательство, взятое на себя должником, который оговаривает прекращение своего обязательства условием, зависящим от него самого? Ведь договор может оговаривать право любой из сторон отказаться от него в одностороннем порядке (п. 3 ст. 450 ГК РФ). Такой стороной может быть, без сомнения, и должник по одному из обязательств по данному договору. Как уже отмечалось, отменительное потестативное условие близко по своей сути праву на расторжение договора. Соответственно при наличии в договоре оговорки о том, что обязательство должника может быть им в одностороннем порядке прекращено, не имеет значения, выражена эта идея в терминах права на односторонний отказ или в терминах потестативного отменительного условия на стороне должника. Различия если и есть, то носят технический характер. А раз гражданское право допускает установление в договоре права на односторонний отказ, то нет никаких политико-правовых причин вдруг резко менять подход в отношении аналогичной юридической конструкции.

Например, банк обязуется кредитовать заемщика в рамках кредитной линии, но в контракте оговаривает, что это обязательство прекращается, если уровень капитализации банка снизится до предусмотренных в договоре показателей. То же самое можно выразить, указав, что при соответствующих условиях банк вправе заявить об одностороннем отказе. Суть от этого меняется мало, особенно если учесть сделанный выше вывод о том, что моментом прекращения обязательства должен быть момент, когда контрагент узнал или должен был узнать о наступлении отменительного условия.

Сказанное в полной мере относится и к смешанным условиям. Если мы признали допустимыми потестативные отменительные условия, то уж возражать против смешанных условий, где элемент произвольности выражен куда менее четко, просто нелогично.

Нам могут возразить, что включение отменительного потестативного или смешанного условия на стороне должника может ущемить интересы кредитора, который, рассчитывая на исполнение должника, мог понести некие расходы или запланировать некие доходы. В случае реализации должником своего права на обеспечение отменительного условия эти планы могут быть расстроены, а кредитор может понести значительные потери. Но никто не заставлял кредитора заключать такой договор. Проявлять патернализм и вмешиваться в сферу автономии воли сторон, как если бы суды знали лучше, что нужно сторонам, в этом случае нет никакого смысла.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

Между тем не следует забывать, что если кредитор к моменту наступления условия успел передать должнику некое имущественное благо, то прекращение встречного обязательства должника дает кредитору право требовать возврата переданного в порядке норм о неосновательном обогащении.

Что же касается непосредственного регулирования положения сторон при наличии в договоре потестативного или смешанного отменительного условия, то необходимо отметить следующее.

Как и в случае с отменительным потестативным/смешанным условием на стороне кредитора, здесь при уклонении одной из сторон от содействия нет смысла применять механизм расторжения договора по прошествии шестимесячного срока. Применение отменительного условия само по себе аналогично расторжению.

С другой стороны, в этой ситуации, как и в ситуации с отменительным условием на стороне кредитора, применима фикция наступления или ненаступления условия на тот случай, если сторона, на которой в силу договора лежит эксплицитная или имплицитная обязанность обеспечить наступление или избежать наступления условия, недобросовестно уклоняется от ее выполнения.

Учитывая это, было бы разумным применить в отношении отменительного потестативного или смешанного условия на стороне должника те же нормативные принципы, которые были выработаны нами применительно к потестативным/смешанным отменительным условиям на стороне кредитора.

Потестативное/смешанное условие, зависящее от обеих сторон

Последнее сочетание характеристик условий — такое условие, наступление которого зависит от действий обеих сторон договора. Типичный пример: стороны договора кредита оговаривают возникновение прав и обязанностей по нему моментом заключения этими же сторонами договора залога в обеспечение выдаваемого кредита. Такие условия, кстати, встречаются в обороте и вызывают серьезные споры в судах⁷⁵.

Здесь нужно различать две ситуации. В одном случае стороны заключают договор, но оговаривают, что согласование его существенных условий, без которых он не будет считаться заключенным, будет произведено сторонами в дальнейшем. Это типичный рамочный договор. Его отличие от условной сделки в том, что он в рамках действующего законодательства не считается заключенным, пока не будут согласованы существенные условия, тогда как условный договор считается

⁷⁵ См., напр.: постановления ФАС Поволжского округа № А06-3138-16/02, ФАС Уральского округа № Ф09-2709/92-ГК и др.

заклученным в момент подписания⁷⁶. Соответственно нет никакой необходимости признавать рамочные договоры условными сделками.

Во втором случае речь идет как раз об условной сделке. Имеются в виду такие случаи, когда стороны согласовывают все существенные условия, но прямо оговаривают, что все права и обязанности по контракту или отдельные обязательства в его рамках возникают позднее при условии совершения обеими сторонами определенных действий (например, согласования обеспечения). В этом случае нет никаких препятствий для признания сделки условной. Отлагательным же условием служит совершение обеими сторонами предписанных действий.

Теперь следует применительно к такого вида условиям определить желательные с политико-правовой точки зрения нормативные решения.

Сразу бросается в глаза, что если условие зависит от воли обеих сторон, то необходимости защищать контрагентов от неопределенности нет. Следовательно, норма о шестимесячном периоде ожидания с последующим предоставлением сторонам права на односторонний отказ от договора не нужна.

А вот фикция наступления условия в этом случае понадобится. Если из текста договора вытекает, что на стороны возлагается обязанность добросовестно прилагать усилия к наступлению этого условия, то недобросовестное уклонение одной из сторон от совершения действия, необходимого для наступления условия, будет давать другой стороне право «включить» фикцию наступления условия. Например, если договор кредита указывает на то, что права и обязанности по нему возникают при предоставлении заемщиком принадлежащего ему пакета акций в залог, то следует, видимо, считать, что стороны имели в виду некую обязанность заемщика по крайней мере добросовестно стремиться такое обеспечение предоставить и обязанность банка разумно соглашаться на объективно адекватное обеспечение, если оно предложено. Соответственно если обеспечение не согласовывается из-за недобросовестного уклонения банка, то условие должно считаться наступившим и право заемщика требовать выдачи кредита возникшим, если заемщик решит воспользоваться возможностью применить фикцию наступления условия⁷⁷.

Если же из толкования договора вытекает, что совершение подобных действий находится на полном усмотрении сторон, фикция при уклонении «включаться» не будет. Правило о фикции наступления условия в ситуации, когда отсутствует подразумеваемая обязанность содействовать наступлению условия, безусловно, неприменимо.

⁷⁶ Незаклученность такого договора до момента согласования существенных условий не снимает возможности наличия в самом договоре как документе неких условий, имеющих юридическую силу даже до и независимо от согласования существенных условий (например, условие о неразглашении конфиденциальных сведений, выбор применимого права и некоторые другие).

⁷⁷ Но далеко не всегда имеет смысл пользоваться таким правом. Представим, что обеспечение не согласовывается из-за того, что заемщик уклоняется от предоставления адекватного залога. В такой ситуации вряд ли банк воспользуется своим правом заявить о применении фикции наступления условия и выдаст кредит, не получив обеспечение.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

Что же касается тех случаев, когда кредитор уже осуществил свое встречное исполнение, то имеет смысл исключить применение выведенных в настоящих статье особенных правил о механике «включения» фикции наступления условия. Вышеуказанного общего правила о применении фикции в случае недобросовестного уклонения будет вполне достаточно.

Неудивительно, что если мы признаем возможность такого «двусторонне-потестативного» отлагательного условия, то должны и признать аналогичный отменительный эффект. В данном случае речь идет о конструкции, по сути близкой к подтверждению в контракте и так имеющегося у сторон права по обоюдному согласию сделку расторгнуть (ст. 450 ГК РФ). В связи с этим, не углубляясь в детали, следует констатировать, что возражения такое отменительное условие вызывать не должно. В случае такого варианта отменительного условия *mutatis mutandi* используются выработанные правила об отменительных потестативных и смешанных условиях, включая правило о фикции наступления отменительного условия в ситуации, когда в договоре подразумевается обязанность содействия.

Например, в договоре указано, что объект сдается арендатору в аренду на время переговоров о его продаже арендатору и договор аренды считается прекращенным в случае результативного завершения идущих между теми же сторонами переговоров по продаже этого же объекта арендатору. Из такой оговорки суд может сделать вывод, что необоснованный срыв переговоров о продаже по вине арендодателя/продавца может быть недобросовестным поведением и подрывать обоснованные ожидания арендатора/покупателя, а следовательно, «включить» фикцию наступления условия по заявлению арендатора. В данном случае при поступлении такого заявления арендатора отношения по аренде будут считаться прекращенными. И наоборот, если из толкования данного договора вытекает право любой из сторон по собственному усмотрению вовлекаться или не вовлекаться в совместное обеспечение отменительного условия (заключение договора купли-продажи), то такая фикция не срабатывает и договор аренды продолжает действовать.

Потестативное/смешанное условие в полностью условном договоре

Получив вышеуказанные результаты политико-правового анализа, мы без труда сможем вписать в эту систему норм ситуацию, когда под условие поставлен весь договор.

В этом случае выработанные нами нормы об отменительных/смешанных условиях могут применяться с учетом того, что в ситуациях, когда под условие поставлен весь двусторонний договор, зачастую правила, дифференцированно регулирующие отменительные/смешанные условия на стороне кредитора и должника, неприменимы.

В отношении отлагательных условий достаточно установить, что по общему правилу ненаступление условия по прошествии шести месяцев с момента заключения договора приводит к предоставлению каждой из сторон права на односторонний отказ от договора, а также указать на применение фикции наступления или ненаступления условия в тех случаях, когда недобросовестно нарушается эксплицитная или имплицитная обязанность содействовать или избегать наступления условия. Положения, касающиеся случая, когда кредитор уже осуществил свое исполнение, здесь по понятным причинам не являются актуальными.

В отношении же отменительных потестативных или смешанных условий упоминание шестимесячного срока ожидания неуместно, но фикция наступления или ненаступления условия вполне применима к тем ситуациям, когда из договора прямо или имплицитно вытекает обязанность обеспечить наступление отменительного условия или избегать его наступления.

IV. Заключение

Обобщение полученных результатов в отношении условных обязательств и условных договоров в целом

Итак, мы рассмотрели различные варианты потестативных и смешанных условий и, выявив все релевантные политико-правовые факторы и положившись на практический разум, сформировали оптимальные *de lege ferenda* нормы. Теперь обобщим полученные частные нормативные решения, с тем чтобы они могли, с одной стороны, в полной мере отражать все выведенные выше частные нормативные предписания, а с другой — по форме быть достаточно лаконичными и по возможности выглядеть менее казуистично и более доступно. Таким образом мы получим общие нормы, которые можно было бы использовать при оптимизации судебной практики, а частично отразить и на уровне норм ГК РФ.

Выведенные правила для отлагательных потестативных/смешанных условий в условных обязательствах и полностью условных двусторонних договорах:

1. *Если все права и обязанности по договору или отдельное обязательство обусловлены отлагательным условием, полностью или частично зависящим от одной из сторон договора, то ненаступление этого условия в течение шести месяцев после заключения договора дает каждой из сторон право по собственному усмотрению в одностороннем порядке отказаться от договора, если иной срок или иные последствия не предусмотрены в договоре, законе или не вытекают из природы обязательства.*
2. *Если в ситуации, описанной в п. 1, из указания в договоре или подразумеваемой воли сторон следует обязанность одной из сторон добросовестно способствовать наступ-*

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7/2009

лению или избежать наступления отлагательного условия, то недобросовестное нарушение этой обязанности дает другой стороне право в течение разумного срока заявить о признании условия соответственно наступившим (фикция наступления условия) или ненаступившим (фикция ненаступления условия).

3. Положения п. 1–2 о праве на расторжение договора по прошествии диспозитивного периода ожидания и фикции наступления или ненаступления условия не применимы, если наступление этого условия зависит от кредитора и при этом кредитор свое встречное обязательство уже выполнил.

Но если при этом условие зависит от кредитора лишь частично и не наступает по не зависящим от кредитора причинам, то отлагательное условие по заявлению кредитора считается наступившим по прошествии разумного срока после осуществления им своего встречного исполнения, если это очевидно вытекает из сопоставления ущерба интересам кредитора и должника, принципа соблюдения баланса интересов сторон, поведения сторон и других обстоятельств дела.

4. Если кредитор свое встречное исполнение уже осуществил, а обязательство обусловлено отлагательным условием, зависящим полностью или частично от должника, то ненаступление этого условия в течение разумного срока по причинам, как связанным, так и не связанным с должником, приводит к тому, что условие считается наступившим при получении от кредитора заявления о применении фикции наступления условия, если иное не предусмотрено договором, законом или не вытекает из природы обязательства.
5. Если согласно договору наступление отлагательного условия зависит от действий обеих сторон договора, то вышеуказанные нормы, за исключением п. 2, не применяются.
6. Отлагательное условие, зависящее от одной из сторон договора полностью или частично, считается наступившим только при условии, что другая сторона узнала или должна была узнать о том, что соответствующее условие наступило.

Выведенные правила для отменительных потестативных/смешанных условий в условных обязательствах и полностью условных двусторонних договорах:

1. При наступлении отменительного условия, зависящего от одной из сторон договора полностью или частично, договор в соответствующей части или полностью считается расторгнутым.
2. Если весь договор или отдельное обязательство обусловлены отменительным условием и из указания в договоре или подразумеваемой воли сторон следует обязанность одной из сторон добросовестно способствовать наступлению или избежать наступления отлагательного условия, то недобросовестное нарушение этой обязанности дает другой стороне право в течение разумного срока заявить о признании условия соответственно наступившим (фикция наступления условия) или ненаступившим (фикция ненаступления условия).

3. *Положения п. 2 применяются и к тем случаям, когда отменительное условие зависит от действий обеих сторон договора.*
4. *Потестативное или смешанное отменительное условие считается наступившим только при условии, что другая сторона узнала или должна была узнать о том, что соответствующее условие наступило.*

Итоговые замечания

В завершение следует сделать несколько дополнительных замечаний.

1. Не до конца продуманная, как показывает предпринятый нами анализ, идея введения тотального запрета на потестативные и отчасти смешанные условия должна быть отвергнута. Внесение в ГК РФ такой нормы абсолютно неприемлемо. Ни в одной стране мира такого общего запрета на любые потестативные или смешанные условия нет. Условные правоотношения пронизывают все гражданское право. Переходя от условности всего договора к возможной условности отдельного договорного обязательства, мы как будто меняем фокус линзы и начинаем видеть условные конструкции повсюду: в синалагматической связи, мерах обеспечения, мерах ответственности, ряде иных средств защиты. Во многих из этих случаев возникновение обязательства ставится под условие совершения неких действий, зависящих от кредитора или должника. Если российское право реализует закрепленное в проекте Концепции предложение запретить потестативные и часть смешанных условий, то свобода оборота будет ограничена куда больше, чем может показаться. Хорошо, если та или иная правовая конструкция, которую стороны выбрали, урегулирована специальными нормами закона (например, о стандартных мерах ответственности). В этом случае запрет на потестативные условия не ограничит свободу договора. Но как только, пользуясь идеей свободы договора, провозглашенной в ст. 421 ГК РФ, контрагенты закрепят в контракте какую-то непоименованную конструкцию (например, нестандартный момент вступления в силу договора, специфический механизм прекращения договорных обязательств, непоименованную меру обеспечения, санкцию за нарушение и т. п.), запрет на потестативные условия создаст угрозу аннулирования договора или его отдельных положений.

Многое, конечно, будет зависеть от настроев конкретного судьи, который всегда может объявить выбранный сторонами правовой инструмент не условным обязательством, а институтом *sui generis* и тем самым вывести волю сторон из-под удара. Но следует признать, что само наличие такого запрета будет провоцировать недобросовестные стороны, оспаривающие контракты, выискивать условность в самых распространенных договорных конструкциях, которая там, вполне возможно, действительно имеется. А многие судьи, если им продемонстрируют условность той или иной непоименованной конструкции и наличие зависимости условия от одного из контрагентов, без лишних сомнений начнут рушить договорные отношения. В итоге свобода договора и свобода предпринимательских

- отношений будут страдать абсолютно без каких-либо убедительных политико-правовых оснований.
2. Если мы еще раз просмотрим предложенные нами *de lege ferenda* частные нормативные решения в отношении потестативных и смешанных условий, то не увидим ни одного случая, когда такие условия и тем более все сделки целиком следует признавать недействительными. Некоторые перекосы и шероховатости, возникающие в ряде ситуаций, описанных выше, легко исправляются куда более гибкими способами (включение фикции наступления условия и предоставление сторонам права на расторжение договора по прошествии диспозитивного шестимесячного срока ожидания). Аннулировать сделку или те или иные ее положения — крайняя мера, к которой следует прибегать только по очень веским политико-правовым основаниям и только тогда, когда другими менее радикальными средствами снять затруднения нельзя. Однако это не значит, что никакие условия не могут подпасть под применение недействительности. Например, следует запретить включать в контракт отлагательное или отменительное условие, стимулирующее аморальное или незаконное действие. Кроме того, как уже отмечалось, возможно, имеются основания для введения прямого ограничения в отношении некоторых условий, влекущих «необязательственный» (например, вещно-правовой) эффект, а также некоторых односторонних сделок (например, доверенностей).
 3. Наша задача при написании этой статьи состояла в том, чтобы зафиксировать дорожную карту, которая поспособствовала бы разработке правовой доктрины условных сделок в России. Мы не настаиваем на абсолютной точности предложенных выше решений и не предлагаем их обязательно закреплять в ГК РФ. Например, представляется, что в текст ГК РФ не стоит включать столь подробное регулирование потестативных/смешанных условий. Многие предлагаемые решения можно зафиксировать и на уровне судебной практики высших судов.
 4. В настоящей статье мы сузили фокус анализа до вопросов допустимости потестативных и смешанных условий. Но данная проблематика составляет только часть доктрины условных сделок. Многие иные вопросы (о ретроспективной силе отменительного условия, об обязанности уведомления, о «существенном соответствии», о последствиях ненаступления случайного условия в ситуации, когда одна из сторон уже исполнила свое обязательство, о вещном эффекте наступления условия и др.) требуют отдельного изучения. Поэтому выводимые нами решения учитывают только смешанные/потестативные условия и их обязательственный эффект. В идеале при реформировании норм ГК об условных сделках необходимо предварительно получить ответы на все вышеуказанные вопросы и интегрировать полученные решения с теми результатами, которые были получены в рамках настоящей статьи.
 5. Учитывая все вышесказанное, можно посоветовать разработчикам проекта Концепции реально оценить, насколько российская правовая наука сейчас способна в сжатые сроки, отведенные для внесения поправок в ГК РФ, провести достаточно активную дискуссию по всем этим проблемам и в результате диалектически вывести их оптимальные решения. Лично мы сомневаемся, что в настоящее

Свободная трибуна

время это возможно. Вполне вероятно, было бы лучше не вводить в ГК РФ на данном этапе вообще никаких норм в отношении условных сделок, иначе можно столкнуться впоследствии с тем, что сделанные поправки придется вскоре переписывать по уже устоявшейся в России печальной законодательной традиции. Для внесения поправок в такой системообразующий нормативный акт, как ГК РФ, нужно быть уверенным в правильности выбранных решений если не на 100%, то хотя бы на 90%. В условиях, когда научная доктрина условных сделок по существу отсутствует, а данная тематика является крайне сложной, лучше вопрос постепенного отыскания верных решений их обобщения и систематизации оставить пока судам и вернуться к теме кодификации сформированной таким образом доктрины на следующем витке реформирования ГК РФ. В частности, можно было бы предложить российским судам принять за основу предлагаемое нами либеральное отношение к потестативным и смешанным условиям, отработать на практических спорах сделанные здесь, а возможно, и иные предложения, а затем обобщить и переработать накопившийся эмпирический материал. И только потом вносить поправки в ГК РФ. По крайней мере именно так обычно готовятся концептуальные реформы гражданских кодификаций в цивилизованных странах (реформа германского обязательственного права 2002 г., готовящаяся сейчас реформа французского обязательственного права, принятие нового ГК Нидерландов и др.).