

Ежемесячный журнал. № 3 (85) март 2021  
ISSN 2500-2643

# Вестник ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРАВОСУДИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

## ПРИЛОЖЕНИЕ

к Ежемесячному журналу  
№ 3 (85) март 2021

С.В. Сарбаш  
Комментарий к постановлению Пленума  
Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6  
«О некоторых вопросах применения  
положений Гражданского кодекса  
Российской Федерации  
о прекращении обязательств»



ISSN 2500-2643



9 772500 264008



## ОНЛАЙН-КУРСЫ ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ НА АПРЕЛЬ - МАЙ 2021 Г.

Уважаемые коллеги, приглашаем вас принять участие в онлайн-курсах повышения квалификации юристов Юридического института «М-Логос»

**Практикум по доказыванию и взысканию убытков при нарушении договора**  
**05.04.21 - 28.04.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**new!** **Сложности в сфере Ритейла 2020-2021: спорные и актуальные вопросы в сфере арендных, потребительских, торговых и административных правоотношений**  
**12.04.21 - 29.04.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Большие данные (BIG DATA): правовые аспекты сбора, обработки и оборота**  
**12.04.21 - 30.04.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Налоговые последствия и риски заключения договоров в практике договорной работы**  
**24.05.21 - 25.06.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**new!** **Авторский курс Р.С. Бевзенко «Право недвижимости: актуальные проблемы доктрины, реформы ГК и судебной практики»**  
**24.05.21 - 11.06.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**new!** **Авторский курс П.А. Мищенко «Практические навыки оптимизации договорной работы и составления договора: понятность, дизайн, автоматизация»**  
**24.05.21 - 11.06.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Эффективная договорная работа в условиях реформы ГК РФ и развития судебной практики**  
**24.05.21 - 16.07.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Структурирование купли-продажи акций (доли участия в ООО) и корпоративных договоров по российскому праву: практические и правовые аспекты**  
**25.05.21 - 02.07.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Банкротство юридических лиц и граждан**  
**25.05.21 - 02.07.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Правовые аспекты электронной коммерции**  
**25.05.21 - 11.06.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Практические вопросы подготовки и ведения судебных дел**  
**25.05.21 - 09.07.21** / *Онлайн-курс повышения квалификации*

**Обращаем ваше внимание на то, что:**

- для физических лиц на все образовательные программы действует скидка **15%**.
- возможна оплата обучения в рассрочку на срок 4, 6, или 12 месяцев по вашему выбору при содействии АО «Тинькофф Банк» (рассрочка не предусматривает выплаты процентов и не влечет переплаты за обучение!)

# Вестник ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРАВОСУДИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ежемесячный журнал  
№ 3 спецвыпуск 2021

## Главный редактор:

А.Г. Карапетов,  
доктор юридических наук

## Директор издательства:

В.А. Багаев

Учредитель и издатель —  
ООО «Издательская группа «Закон»

Свидетельство о регистрации СМИ:  
серия ПИ № ФС77-72466 от 05.03.2018

Включен в Перечень рецензируемых  
научных журналов и изданий,  
в которых должны быть опубликованы  
основные результаты диссертаций  
на соискание ученых степеней.  
Группа научных специальностей  
12.00.00 — юридические науки

Адрес редакции: 107078,  
г. Москва, а/я 94  
Тел.: (495) 927-01-62  
www.vestnik.ru  
E-mail: post@vestnik.ru

Выпускающий редактор: О.С. Розанова  
Корректор: Т.А. Казакова  
Верстка: М.А. Гранкина

Подписано в печать 05.03.2021  
Формат 60 x 84 1/8. Объем 264 с.  
Тираж 4000 экз.  
Отпечатано в ООО «Медиаколор»



## Редакционный совет:

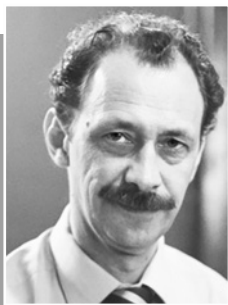
- Абушенко Д.Б. — профессор кафедры гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук
- Архипова А.Г. — консультант Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО, кандидат юридических наук
- Асосков А.В. — профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Багаев В.А. — преподаватель Московской высшей школы социальных и экономических наук, руководитель проекта «Закон.ру», магистр юриспруденции (СПбГУ), MJur (Охон)
- Бациев В.В. — почетный работник судебной системы, действительный государственный советник юстиции 3-го класса
- Белов В.А. — профессор кафедры коммерческого права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Борисова Е.А. — профессор кафедры гражданского процесса МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Гаджиев Г.А. — судья Конституционного Суда РФ, профессор кафедры гражданского права и процесса НИУ ВШЭ в Санкт-Петербурге, доктор юридических наук
- Дождев Д.В. — декан факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук, заведующий кафедрой теории и истории частного права Российской школы частного права, доктор юридических наук
- Иванов А.А. — профессор, заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук
- Ильин А.В. — декан юридического факультета НИУ ВШЭ в Санкт-Петербурге, доктор юридических наук
- Калятин В.О. — профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, старший научный сотрудник Международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности НИУ ВШЭ, главный юрист по интеллектуальной собственности ООО «УК «РОСНАНО», кандидат юридических наук
- Козлова Н.В. — заместитель декана, профессор кафедры гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
- Комаров А.С. — профессор, заведующий кафедрой международного частного права ВАВТ, доктор юридических наук
- Красавчикова Л.О. — судья Конституционного Суда РФ, профессор кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук
- Кресси Регицци Г. — профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Мифтахутдинов Р.Т. — доцент кафедры административного и финансового права СПбГУ, кандидат юридических наук
- Павлов А.А. — доцент кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук
- Рудоквас А.Д. — профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Толстой Ю.К. — академик РАН, профессор кафедры гражданского права СПбГУ, доктор юридических наук
- Степанов Д.И. — доцент факультета права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, LL.M., MPA
- Шевелева Н.А. — заведующая кафедрой административного и финансового права СПбГУ, доктор юридических наук
- Шрамм Х.-И. — доктор юридических наук (Университет Висмара)
- Ярков В.В. — профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук

# Содержание/Contents

## **Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве**

4	<b>Введение</b>
7	Комментарий к п. 1
10	<b>Отступное</b>
10	Комментарий к п. 2
25	Комментарий к п. 3
31	Комментарий к п. 4
36	Комментарий к п. 5
46	Комментарий к п. 6
55	Комментарий к п. 7
59	Комментарий к п. 8
63	Комментарий к п. 9
66	<b>Прекращение обязательств зачетом</b>
66	Комментарий к п. 10
73	Комментарий к п. 11
77	Комментарий к п. 12
87	Комментарий к п. 13
96	Комментарий к п. 14
103	Комментарий к п. 15
112	Комментарий к п. 16
117	Комментарий к п. 17
119	Комментарий к п. 18
125	Комментарий к п. 19
137	Комментарий к п. 20
145	Комментарий к п. 21
150	<b>Новация</b>
150	Комментарий
152	Комментарий к п. 22
165	Комментарий к п. 23
168	Комментарий к п. 24
177	Комментарий к п. 25
191	Комментарий к п. 26
195	Комментарий к п. 27
198	Комментарий к п. 28
207	Комментарий к п. 29
208	<b>Прощение долга</b>
208	Комментарий
212	Комментарий к п. 30
216	Комментарий к п. 31
225	Комментарий к п. 32
226	Комментарий к п. 33
231	Комментарий к п. 34
235	Комментарий к п. 35
236	<b>Прекращение обязательства невозможностью исполнения (статьи 416, 417 ГК РФ)</b>
236	Комментарий к п. 36
240	Комментарий к п. 37
244	Комментарий к п. 38
251	Комментарий к п. 39
255	Комментарий к п. 40
260	<b>Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица (статья 419 ГК РФ)</b>
261	Комментарий к п. 41

# Приложение к «Вестнику экономического правосудия РФ» № 3/2021



## **Сергей Васильевич Сарбаш**

заслуженный юрист РФ,  
доктор юридических наук,  
судья ВАС РФ в отставке

## **Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»<sup>1</sup>**

Впервые в новейшей истории отечественной цивилистики на уровне высшей судебной инстанции сформулированы абстрактные разъяснения в отношении некоторых оснований прекращения обязательств. Отступное, зачет, новация, прощение долга — наиболее часто используемые способы прекращения обязательств как в общегражданском обороте, так и в предпринимательских отношениях. В теории обязательственного права и в судебной практике остается еще немало спорных и непроясненных вопросов по целому ряду аспектов прекращения обязательств, особенно в отношении разнообразных нюансов.

В комментарии предпринята попытка скрупулезного анализа текста постановления Пленума, рассматриваются развитие и изменение правовых позиций, выявляются дискуссионные аспекты и юридические риски в рассматриваемой области правоотношений.

*Ключевые слова: прекращение обязательств, зачет, отступное, новация, прощение долга, ликвидация юридического лица*

<sup>1</sup> Автор выражает благодарность проф. А.Г. Карапетову и доц. А.А. Павлову за ценные замечания, сделанные при подготовке этого комментария, но все ошибки и неточности принимает на свой счет.

## Введение

Столь масштабное разъяснение Пленума ВС РФ (далее — Пленум) в отношении оснований прекращения обязательств требует неспешного и кропотливого анализа. На это нужно много сил и времени, поэтому данный комментарий следует рассматривать как предварительный. Соответственно, сделанные ниже суждения пока не имеют должной глубины и обоснования, а потому их нужно воспринимать критически и с осторожностью. Они — лишь предлог для дискуссии и начала нашего продвижения в этом вопросе. Иными словами, ниже не имеется попытки дать ответы на вопросы, там есть лишь попытка рассуждения над вопросами. Ответы на вопросы нужно искать у тех авторов, которые их знают, мы же пока находимся в поиске.

Обязательства возникают для того, чтобы прекратиться. Главной целью обязательства является его надлежащее исполнение. В этот момент удовлетворяются соответствующие потребности, ради чего обязательство и возникло. В большинстве случаев обязательства прекращаются исполнением. Поэтому не случайно, что после общей нормы о прекращении обязательств вообще (ст. 407) в главе 26 ГК, посвященной прекращению обязательств, первой идет статья об исполнении обязательств. Надлежащее исполнение прекращает обязательство (п. 1 ст. 408 ГК). К слову сказать, приведенная норма не вполне точна, ибо создает впечатление, что лишь надлежащее исполнение способно прекратить обязательство. Это не верно. Если кредитор принимает, например, просроченное исполнение, то долг все равно прекратится, хотя просроченное исполнение никак нельзя назвать надлежащим. Другое дело, что в связи с просрочкой может возникнуть обязательство правоохранительного характера, которое исполнением основного обязательства, конечно, не прекратится, ибо это другое обязательство — дополнительное, но отдельное.

подавляющее большинство обязательств прекращаются таким образом надлежащим или ненадлежащим исполнением. Какая доля из них прекращается иным образом? Единственный ответ на этот вопрос: *ignoramus et ignoramibus*. Никто никогда и не пытался отыскать ответа на этот вопрос. Тем не менее интуитивно кажется, что в гражданском обороте это случается достаточно часто и потому отрадно, что высшая судебная инстанция обращает на этот феномен свое внимание. При этом Пленум из десяти оснований прекращения обязательств, упомянутых в главе 26 ГК, обращается только к шести способам (основаниям) прекращения (ремиссии) обязательств. С учетом того, что исполнению обязательства посвящено отдельное постановление Пленума<sup>2</sup>, неохваченными остались: совпадение кредитора и должника в одном лице (ст. 413 ГК), прекращение обязательства на основании публичного акта (ст. 417 ГК)<sup>3</sup>, прекращение обязательства смертью гражданина (ст. 418 ГК).

---

<sup>2</sup> См.: постановление Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (далее — постановление от 22.11.2016 № 54).

<sup>3</sup> Эта норма упоминается в разделе о прекращении обязательств невозможностью исполнения, но содержательного ее толкования не имеется.

При анализе оснований прекращения обязательств следует принимать во внимание структуру обязательственного отношения. Как хорошо известно, обязательства принято делить на обязательство в узком смысле и обязательство в широком смысле. На примере договорного обязательства весьма упрощенно это деление означает, что обязательства в широком смысле — это комплекс всех обязательств, возникающих в процессе всего договорного отношения; обязательство же в узком смысле — это одно конкретное обязательство (регулятивное или охранительное), возникающее из договора. Оно имеет бинарную структуру: требование и долг. Для традиции российского законодательства преимущественно характерна регламентация прекращения обязательств в узком, а не в широком смысле.

Если бы все обязательства всегда исполнялись надлежащим образом, то ни в рассматриваемом постановлении, ни в его комментарии не было бы никакой нужды. Одним из последствий девиации от цели обязательства является его прекращение без запрограммированной кульминации. Обязательство может прекратиться, не достигнув той цели, ради достижения которой оно возникло. Эволюция гражданского права создает типизированные случаи альтернативных сценариев, которые и формируют в обязательственном праве институт прекращения обязательств. Неполнота гипотез, лаконичность диспозиций, архаичность некоторых оснований прекращения обязательств и другие многочисленные недостатки позитивного права вызывают массовые затруднения в правоприменительной практике, что приводит к ее противоречивости. Комментируемое постановление делает значительный шаг в направлении единообразия практики по спорам, связанным с прекращением обязательств. Но, как и всякий интеллектуальный продукт, выраженный словами, оно требует понимания заложенных там смыслов (явных и неявных), усвоения нюансов, обнаружения и устранения неизбежных противоречий и неясностей, рассуждений о несказанном и загадочном, сравнения с постулатами доктрины и т.д. и т.п.

В связи с принятием рассматриваемого постановления возникает вопрос о судьбе прежних правовых позиций, особенно обозначенных в арбитражной практике. Здесь можно наблюдать четыре варианта соотношения новых и предыдущих подходов: 1) прежние правовые позиции подтверждены без изменения; 2) они в основном подтверждены и несколько модернизированы; 3) они концептуально изменены; 4) они вообще не затронуты в постановлении. В отношении первых трех пунктов каких-либо затруднений в понимании текущих подходов в юриспруденции возникать не должно: следует руководствоваться разъяснениями Пленума. В отношении не затронутых правовых позиций, как представляется, нужно в качестве общего правила исходить из того, что коль скоро Пленум их не коснулся, то намерения отказаться от ранее выработанных подходов в толковании соответствующих норм права у судей не было. Значит, ими надлежит руководствоваться, если только последующая судебная практика не изменит их.

Целый ряд положений постановления основан на ранее выработанных подходах в арбитражной практике, которая учитывала деловые обыкновения, коммерческую и договорную практику, — одним словом, специфику предпринимательских отношений, которая по многим аспектам отлична от бытовых отношений, понимания права обывателями, стандартов поведения граждан. Теперь эти подходы экстраполированы на суды общей юрисдикции, и, следовательно, есть опасения,

что их применение к спорам между гражданами может приводить к неожиданным результатам, вызывающим у последних ощущение несправедливости, что совсем нежелательно. Поэтому юристам необходимо найти методы адаптации соответствующих разъяснений к характеру отношений и субъектному составу участников гражданского оборота.

Другой немаловажный аспект заключается в том, что опять же целый ряд подходов, складывающихся в судебной практике, был формализован в виде обзоров судебной практики, судебных постановлений по конкретным делам, информационных писем. Правовое решение находилось как бы в обрамлении соответствующего казуса, для которого характерны своеобразные обстоятельства данного дела или пусть даже модельного случая. Сейчас же правовое решение достигает высокой степени абстрактности толкования нормы закона, для которого характерно все то, что характерно и для самого закона, — неспособность достичь справедливого решения для любого конкретного случая с его особенностями, порой уникальным набором обстоятельств, психологическими аспектами и т.п. Отсюда тот же вывод — необходимость адаптировать абстрактное разъяснение к обстоятельствам конкретного случая. Иными словами, в нижеследующих разъяснениях Пленума нужно видеть не столько инструкцию для препарирования юридического казуса, сколько общую идею оценки правовой нормы, иллюстрацию целей ее применения, метод юридической логики, но не шаблон решения для всякого казуса. Разъяснения нуждаются в тонкой настройке в каждом конкретном деле, их нюансировании и калибровке.

Одним словом, применяя разъяснения данного (как, впрочем, и всякого) постановления, юристам главное не огородить участников гражданского оборота, не способных витать в высоких сферах утонченных и глубоких знаний юриспруденции, высокоинтеллектуальными, но весьма неожиданными построениями полета правовой мысли аналитической юриспруденции. Тут мы должны действовать, как врачи, — не навредить!

**1. Обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), другими законами, иными правовыми актами или договором (пункт 1 статьи 407 ГК РФ). Перечень оснований прекращения обязательств не является закрытым, поэтому стороны могут в своем соглашении предусмотреть не упомянутое в законе или ином правовом акте основание прекращения обязательства и прекратить как договорное, так и внедоговорное обязательство, а также определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства (пункт 3 статьи 407 ГК РФ).**

**Основания прекращения обязательства могут как являться односторонней сделкой (например, заявление о зачете) или соглашением (например, предоставление и принятие отступного), так и не зависеть от воли сторон (в частности, прекращение обязательства на основании акта органа государственной власти или органа местного самоуправления).**

**Судам следует учитывать, что прекращение договорного обязательства по ряду оснований может быть выражено в форме соглашения сторон и представлять собой частный случай расторжения или изменения договора (глава 29 ГК РФ).**



## Комментарий

- (а) Участники гражданского оборота являются хозяевами своих обязательств, а потому вольны определять их юридическую судьбу по своему совместному усмотрению как им заблагорассудится, если только это не нарушает закон и не противно доброй совести. Договорные основания прекращения обязательств подчинены общему принципу свободы договора. Это следует не только из самого принципа свободы договора (п. 1, 2 ст. 1 ГК), из его нормативной конкретизации (ст. 421 ГК), но и из его специализации для прекращения обязательств (п. 3 ст. 407 ГК). Пленум разъясняет это указанием на незакрытость *перечня* оснований прекращения обязательств. Вывод судей из этой посылки показывает, что здесь не имеется в виду только перечень тех оснований прекращения обязательств, который предусмотрен главой 26 ГК, а подразумеваются вообще всякие основания, упомянутые в законе или ином правовом акте. Это не совсем точно, поскольку основание прекращения обязательств может быть установлено любым актом, содержащим нормы гражданского права (ст. 3 ГК), обычаем, а также нормами международного права. Иными словами, в действительности перечень оснований прекращения обязательств, установленный правопорядком, может быть шире, чем указанный в постановлении. Употребление Пленумом такого оборота, как «*упомянутые* в законе основания прекращения обязательств», едва ли имеет какую-то скрытую смысловую нагрузку, являясь скорее фигурой речи. Использование термина «упомянутые», вероятнее всего, надо понимать как нормативно установленные основания прекращения обязательств, а для договорных оснований — как поименованные договоры о прекращении обязательств.

Свобода договора в области прекращения обязательств тем не менее не демонстрирует большой в ней потребности и за пределами зачетоподобных договоров, не являющихся зачетом, практика как будто не имеет наработанного арсенала непоименованных договоров о прекращении обязательств.

- (б) Из текста первого абзаца комментируемого пункта можно вычленить суждение о том, что стороны могут в своем соглашении *предусмотреть* основание прекращения обязательства *и прекратить* обязательство. Оно может пониматься двояко, но в любом случае требует уточнения, а его верное восприятие должно учитывать следующее. Стороны могут договориться о некотором основании прекращения своего обязательства, определив те или иные условия, при которых это прекращение произойдет. Иными словами, все ремиссионные соглашения бывают двух видов, когда обязательство прекращается в момент заключения соглашения или когда обязательство прекратится при наступлении определенного в соглашении обстоятельства. При этом само обязательство может считаться прекращенным в прошлом (договорный зачет) или на будущее.

Содержательно названные в договоре обстоятельства могут быть любыми фактами, включая (1) зависящие исключительно от воли одной стороны (абсолютно потестативными), (2) зависящие в том числе, но не исключительно от ее воли (относительно потестативными), (3) не зависящие от воли сторон (объективными), а также (4) зависящие от совместной воли сторон (взаимно потестативными). Для таких разновидностей ремиссионных соглашений, предусматривающих прекращение обязательства при наступлении того или иного обстоятельства в будущем,

характерно прекращение обязательства на основании сложного юридического состава, содержащего несколько элементов. В этот состав входит само соглашение, содержащее соответствующее условие, а также наступление самого обстоятельства. Прекращение обязательства, следовательно, происходит только при накоплении всего юридического состава.

- (в) Разъяснение Пленума о том, что по соглашению сторон можно прекратить как договорное, так и внедоговорное обязательство с пристыковкой к нему цитаты из п. 3 ст. 407 ГК о том, что стороны вправе также определить последствия его прекращения, *если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства*, вызывает вопрос: к чему именно относится блокирующая оговорка («...если иное не...»)? Распространяется ли она только на установление последствий или также и на саму возможность прекращения по соглашению сторон договорного или внедоговорного обязательства? На первый взгляд трудно помыслить такое обязательство, которое в силу закона или по его существу нельзя было бы прекратить по соглашению сторон. Ведь тогда получится, что не обязательство служит сторонам, а, наоборот, они ему. Образно говоря, стороны становятся рабами своего обязательства — кажется, что это нонсенс. Тем не менее в гражданском праве обнаруживается ограничение свободы и в отношении самой возможности прекращения обязательства по соглашению сторон. Это объясняется тем, что само обязательство может возникать в интересах правопорядка вообще или в интересах третьих лиц. Так, если закон предусмотрит право третьего лица добиваться реституции, то стороны реституционного обязательства своим соглашением о его прекращении могли бы легко уничтожить названный интерес третьего лица, тогда как он охраняется законом. Прощение долга между коммерческими организациями, имеющее каузу дарения, наш закон не допускает (подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК), хотя эта норма в современных условиях является анахронизмом. Сторонники крайнего патернализма могли бы привести в пример, скажем, алиментные обязательства, что, впрочем, не представляется верным (см. комментарий к п. 18).
- (г) Второй абзац комментируемого пункта, устанавливающий, что обязательство может прекращаться как на основании соглашения или односторонней сделки, так и независимо от воли его сторон, больше достоин учебного пособия, чем судебного разъяснения. Приведенное судьями наблюдение настолько очевидно, что не очень ясно, кому оно предназначено. Понятно, что то или иное основание прекращения обязательств в ряду юридических фактов может занимать различное место, выступая односторонней сделкой, соглашением, актом государственного или муниципального органа, юрисдикционным актом, действием или событием. Полезно было бы обнаружить такие факты, которые в принципе не могут прекращать обязательство, например уточнить, действительно ли канонические акты (скажем, вознесение молитв) могут прекращать гражданско-правовое обязательство. Определенный интерес может представлять также тематика конкуренции (коллизии) оснований прекращения обязательств, слабо разработанная в нашей науке и в судебных доктринах. Также требует внимания доктрины и судебной практики вопрос о границах свободы усмотрения сторон в отношении случаев прекращения обязательств, наступающих независимо от воли сторон. Необходимо определить, какие из нормативных недоговорных оснований прекращения обязательств могут быть отменены или изменены соглашением сторон и в каких пределах.

- (д) Обязательство может прекратиться вследствие **изменения и расторжения** договора (п. 1–2 ст. 453 ГК). В отношении изменения договора Пленум игнорирует такое словоупотребление нашего ГК, что при изменении договора обязательства сторон сохраняются в измененном виде (п. 1 названной статьи). Получается, что закон говорит о сохранении, а судьи — о прекращении. Но ясно, что и то и другое верно: обязательства сохраняются в измененном виде, а следовательно, в неизменном (прежнем) виде они прекращаются. Это философско-схоластическое упражнение с практической точки зрения не следует развивать дальше. Всякое прекращение есть изменение прежнего состояния и всякое изменение есть прекращение прежнего состояния. На самом деле данное разъяснение Пленума направлено не столько на то, чтобы обратить внимание на прекращение обязательств и при изменении или прекращении договора, сколько на то, что некоторые договорные основания прекращения обязательств одновременно подпадают и под категорию изменения или прекращения договора. Пленум обязывает судей учитывать это, но не уточняет, в каком смысле. Наверное, судьям встречались примеры, когда суд не учел это обстоятельство, что привело к судебной ошибке, но, к сожалению, они не приводятся.

Как уже говорилось, лаконичность нашего закона в отношении прекращения обязательств и в особенности последствий такого прекращения для всего правоотношения сторон в целом может вызывать множество практических вопросов, не имеющих ответов в законе. Поэтому указанием Пленума нужно руководствоваться и в том смысле, что следует учитывать соответствующие подходы, сформулированные в судебной практике, например в отношении разъяснений о расторжении договора<sup>4</sup>. Хотя комментируемое постановление сосредоточено в основном на некоторых основаниях прекращения обязательств из главы 26 ГК, упомянутым фрагментом судьи обоснованно ориентируют юристов не замыкаться в границах названной главы, а подходить к юридическому анализу системно.

- (е) В дальнейших разъяснениях Пленум фрагментарно (например, в п. 40 постановления) обращает внимание судей на то, что те или иные аспекты того или иного основания прекращения обязательств могут устанавливаться **правилами об отдельных видах обязательств**. Здесь же нужно сказать общим образом, что в силу принципа *lex specialis derogat generali* регламентация действия общих положений об основаниях прекращения обязательства должна уступать специальным правилам об отдельных видах обязательств. Нормативное регулирование в отношении поименованного ремиссионного договора, предметом которого выступает прекращение обязательства, является законом, специальным по отношению к общим положениям о последствиях изменения и расторжения договора.
- (ж) Рассматривая общие положения о прекращении обязательств, Пленум сосредотачивается на самих основаниях их прекращения и не дает никаких разъяснений о прекращаемых обязательствах. Однако в дальнейшем казуистичным образом этот вопрос затрагивается в разъяснениях, посвященных отдельным основаниям прекращения обязательств. Например, при обращении в некоторых случаях к вопросу о возможности прекращения обязательств, по которым не наступил срок исполнения или условие, указывается на допустимость прекращения таких обязательств.

<sup>4</sup> См.: постановление Пленума ВАС РФ от 06.06.2014 № 35 «О последствиях расторжения договора».

Между тем это сделано не для всех договорных оснований прекращения обязательств, хотя для этого имеются все правовые основания. Недостаточный уровень обобщения по этому вопросу не должен вводить в заблуждение. Например, Пленум акцентировал внимание на возможности прекращения обязательства до просрочки его исполнения только в отношении отступного (п. 2 постановления) и прощения долга (п. 30 постановления). Однако не требует пространного объяснения суждение о том, что вполне допустимо прекращение непросроченного или условного обязательства любым договорным способом прекращения обязательств, поименованным или непоименованным.

## **Отступное**

**2. По соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного — уплатой денежных средств или передачей иного имущества. При этом правила об отступном не исключают, что в качестве отступного будут выполнены работы, оказаны услуги или осуществлено иное предоставление (пункт 1 статьи 407, статья 421 ГК РФ).**

**Стороны вправе согласовать условие о предоставлении отступного на любой стадии существования обязательства, в том числе до просрочки его исполнения.**

**Предоставлением отступного могут быть прекращены не только договорные обязательства, но и, например, обязательства из неосновательного обогащения и обязательства по возврату полученного на основании недействительной сделки, если это не нарушает прав и охраняемых законом интересов третьих лиц, публичных интересов или не противоречит существу первоначального обязательства (пункты 2 и 3 статьи 307.1 ГК РФ).**

**По смыслу статей 407 и 409 ГК РФ стороны вправе прекратить первоначальное обязательство предоставлением отступного как полностью, так и в части, в отношении основного и (или) дополнительных требований.**

**При неясности условий соглашения и невозможности установить, была воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части, толкование соглашения осуществляется в пользу того, что первоначальное обязательство прекращается полностью, а также прекращаются дополнительные требования по нему, включая обязанность уплатить неустойку.**

## **Комментарий**

- (а) Начать надо с общей картины удивительной истории отступного в российском праве. Одним из последствий состоявшейся в 2015 г. реформы отступного является установление закрытого по видимости перечня объектов гражданского права, которые предоставляются по договору об отступном. Прежняя норма предусматривала, что по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплатой денег, передачей имущества и т.п.). Действующая редакция не оперирует незакрытым перечнем объектов, рас-

крывая предмет договора через указание на два действия, совершаемые должником: 1) уплата денежных средств; 2) передача иного имущества. Кроме того, изъято выражение «вместо исполнения» (за которым многие усматривали *datio in solutum*), а также второе предложение прежней редакции о том, что размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами. Цель изменения редакции недвусмысленно раскрыта в пояснительной записке к первоначальному проекту изменений ГК: отступное определяется в качестве реальной сделки. Комментарием и последующие разъяснения с очевидностью игнорируют эту цель.

Пленум, по всей видимости, полагает в целом удовлетворительной складывавшуюся пятнадцать лет в арбитражной практике парадигму, согласно которой соглашение об отступном влечет возникновение факультативного обязательства (факультативная концепция). Поэтому он не готов согласиться с законодателем и, применяя метод толкования *contra legem*, возвращает нашу юриспруденцию в дореформенное состояние, а также развивает факультативную концепцию отступного в различных деталях и расширяет сферу его действия за счет установления презумпций.

Сформулированная Президиумом ВАС РФ в 2005 г. факультативная концепция представляется неудовлетворительной<sup>5</sup>. Дело в том, что исторически отступное сложилось в российской юридической повседневности в качестве бытовой, чаще всего мелкой и простейшей сделки. Содержание ее таково: в минуту исполнения должник, не имеющий возможности исполнить свое обязательство или утративший к его исполнению интерес, как бы откупается от притязания кредитора, передавая ему в руки какую-то ценность, которой кредитор готов сполна удовлетвориться, а потому принимает ее в счет обязательства. Для более сложного оборота эта конструкция непригодна, да и не должна быть пригодна. В какой именно момент и по какой причине наша деловая практика стала именовать отступным те соглашения, которые им не являются, достоверно установить невозможно. Кажется, что вследствие острого позитивизма в анамнезе участники оборота, нуждаясь в более конкретной нормативной опоре для своих соглашений, нежели принцип свободы договора, пошли по простому пути, увидев в отступном надежное прибежище. Но дело в том, что нормативное регулирование отступного не предназначено для обслуживания сколь-нибудь сложных экономических отношений. Разводной ключ плохо подходит к тонкой настройке синхрофазотронов, что пригодно для простого, непригодно для сложного.

Далее случилась интересная метаморфоза: Президиум ВАС, известный своим утонченным юридическим методом, с опорой на уже имевшиеся две монографии (авторы которых впоследствии удивительным образом оказались судьями этого Суда), направил всю свою интеллектуальную мощь на защиту систематики и стройности обязательственного права. Для этого были основания, ведь по прежней

<sup>5</sup> Далее приведем тезисы п. 1 и 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 102 (далее — письмо № 102), закрепившие факультативную концепцию отступного:

«1. Обязательство прекращается с момента предоставления отступного взамен исполнения, а не с момента достижения сторонами соглашения об отступном. Соглашение об отступном порождает право должника на замену исполнения и обязанность кредитора принять отступное.

2. В случае заключения соглашения об отступном кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства до истечения установленного сторонами срока предоставления отступного».

редакции ГК отступное уж точно выглядело как консенсуальная сделка. Получалось, что договор о предоставлении чего-то иного вместо первоначального исполнения сливается с новацией, но последняя установлена в другой статье ГК. Стало быть, надо было развести новацию и отступное, и тогда, усматривая в последнем весьма своеобразную римскую *datio in solutum*, ВАС породил факультативную концепцию. Получилось довольно стройно, но практически малоприспособно, хотя надо отдать должное апологетам факультативной концепции — они смогли довольно рационально оправдать ее и с прагматической точки зрения. Эмпирические данные вроде бы свидетельствуют о том, что к соглашению об отступном прибегают в преддверии просрочки должника, а еще чаще уже после его просрочки.

Таким образом, это соглашение является попыткой сторон выйти из локального кризиса исполнения по обязательству, предоставив должнику возможность передать кредитору что-то иное, т.е. это договор, который сейчас нередко именуют малосодержательным термином «договор о реструктуризации долга» (хотя для последнего вроде бы больше характерна рассрочка). Далее делалось два допущения: 1) кредитор, договорившись об отступном, скорее всего, пошел на уступки должнику, согласившись на менее выгодное предоставление (по принципу «с паршивой овцы хоть шерсти клок»); 2) коль скоро должник допустил нарушение обязательства, вероятно, он не исполнит и факультативное обязательство (по принципу *falsus in uno falsus in omnibus*, или, говоря по-русски, «единожды совравши, кто тебе поверит»). Отсюда и факультативная концепция, которая позволяет кредитору в случае непредоставления предмета отступного требовать основного исполнения, что вполне удовлетворяет интерес кредитора.

Кроме того, пока не наступил срок факультативного исполнения, основное исполнение подвергалось своеобразному частному мораторию — кредитор не вправе его требовать. Получается, что кредитор договорился о том, что какое-то время он вообще ничего не вправе требовать от должника. Удачная сделка, ничего не скажешь! Интересы же тех рачительных кредиторов, которые выговорили себе вполне эквивалентное и ценное отступное с надеждой добиться его получения в натуре, поставлены в зависимость от произвола должника. При этом нельзя не заметить, что при новации, которая также часто заключается в отношении уже просроченного обязательства, почему-то не делается предположения, что кредитор также пошел на уступки, а потому ему было бы выгоднее вернуться к прежнему обязательству. Получается, что при непредоставлении отступного и при неисполнении нового обязательства кредиторы, которые пошли на уступки, согласившись удовлетвориться меньшим, находятся в различном положении. Объяснить это с политико-правовых позиций весьма затруднительно. Вместо того чтобы отыскивать гармонизацию новации и отступного, наша юриспруденция, увлекшись аналитическими построениями ажурных конструкций, создает маловразумительное неравенство положения сторон при единстве экономического содержания отношения.

Недостаток факультативной концепции заключается не в том, что факультативное обязательство не может вытекать из соглашения сторон, которое они назвали отступным, а в том, что такое обязательство навязывают сторонам по умолчанию и без учета стоимостного соотношения основного и факультативного исполнения. Причем если пятнадцать лет назад это было сделано в обзоре арбитражной практики (т.е. на примере отдельного казуса), то комментируемое постановление Пле-

нума превращает эту концепцию в результат толкования норм об отступном, что делает ее применимой во всех случаях, когда сторонам не удалось в своем соглашении ясно изобразить что-то иное.

В силу принципа свободы договора, на который и ссылается Пленум, стороны, конечно, вправе изменить характер своего обязательства как угодно, в том числе преобразовав ординарное обязательство в факультативное. Но навязывание этой модели сторонам соглашения, обозначенного сторонами в качестве отступного, в целях защиты интереса кредитора алогично. Другое дело, если здесь более пекутся о защите должника. В ряду обязательств «ординарное, альтернативное, факультативное» последнее — наихудший вариант для кредитора, поскольку не усиливает его правовых возможностей. Если согласиться с тем, что договор об отступном чаще всего заключается в условиях неисправности должника, то большей заботы от правопорядка заслуживают права кредитора, ибо именно они нарушены. Если кредитор захочет пойти на уступки должнику, никто не мешает ему это сделать, но по умолчанию право должно защищать того, чьи права нарушены, а не того, кто их нарушает. Конечно, применение судом крайне продебиторской концепции факультативного обязательства к должнику, испытывающему сложности с исполнением своего обязательства, подкупает своим милосердием, но милосердие за чужой счет (кредитора) выглядит весьма сомнительно.

Факультативное обязательство настолько невыгодно для рачительных кредиторов, что является совершенно маргинальной разновидностью регулятивных обязательств, которые до недавнего времени оправданно не заслуживали даже внимания законодателя, в отличие от ординарных и альтернативных обязательств. Их эпизодическая роль и объясняла равнодушие к ним законодателя: те немногие случаи их возникновения вполне разрешались на основании доктринальных представлений и общих положений обязательственного права. Более того, факультативное обязательство вообще может сбить с толку неподготовленного участника гражданского оборота, ибо запасное предоставление вообще не является задолженным, это вообще не обязательство должника, а, скорее, обязанность кредитора: должник вправе, но не обязан предложить факультативное предоставление вместо исполнения обязательства, а кредитор не вправе, а обязан его принять, но требовать передачи этого факультативного предоставления у кредитора нельзя. Иными словами, долгу не корреспондирует требование, а в обязательствах такого не может быть. Тут происходит своего рода инверсия, обязанным оказывается кредитор (должен принять), а должник оказывается управомоченным на предоставление (вправе дать). Поэтому данную модель следует именовать не факультативным обязательством, а обязательством с правом на замену исполнения.

Если же взглянуть на отступное с прагматической точки зрения, то оно есть не что иное, как соглашение об изменении обязательства, в силу которого должник вместо прежнего согласованного действия может совершить другое вновь согласованное действие, если иное не следует из соглашения сторон. Кто-то скажет, что тогда оно сливается с новацией, и будет прав, но только отчасти. Дело в том, что как отступное, так и новация суть архаичные формы, не нужные более в современном праве. Конечно, всякому культурному цивилисту жаль расставаться с ними, ведь они имеют давнюю традицию, а кроме того, это вроде бы обедняет набор наших инструментов. Но держаться за старое и никому уже не нужное с неистовым

упорством из любви к искусству также не следует. Право все же не чистое искусство, а прикладное, оно «прикладывается» к имущественным потребностям людей, для которых зачастую утонченная стройность цивилистических конструкций далеко не самое главное. Интуитивно кажется, что коль скоро кредитор готов к получению от должника иной ценности, он уже перепрограммировал свои планы по получению от него иного предоставления и готовится именно к этому, а потому факультативная модель не кажется пригодной, если только стороны прямо или косвенно не обозначили это в своем соглашении.

Возвращаясь от общей картины к предоставлению по соглашению об отступном работ или услуг, надо заметить, насколько это малоприспособно в парадигме факультативного обязательства. Реальная сделка неуживчива с такими объектами гражданских прав, как услуги или результаты работы. Не случайно поэтому закон, обозначая конструкцию реального договора через момент заключения договора (п. 2 ст. 433 ГК), оперирует понятием имущества, которое ограничивается от результатов работ и услуг (ст. 128 ГК). Плохо соотносится с указанными объектами и факультативное обязательство. Архаичность конструкции факультативного обязательства, которая, возникнув в истории обязательственного права, так и не претерпела своего развития, объясняет то обстоятельство, что она пригодна для обслуживания лишь простых отношений, да и то не всяких. Доминирующее доктринальное представление о факультативном обязательстве сводится к тому, что обязательство не может прекратиться запасным исполнением, пока оно не произведено, причем сполна. Если в альтернативном обязательстве реализация должником своего секундарного права на выбор влечет преобразование такого обязательства в ординарное, то намерения должника, в чем бы они ни выразались, на исполнение запасным модусом обязательства не прекращают и не преобразовывают.

Получается довольно неуклюжая ситуация, если, к примеру, должник приступил к оказанию услуг или выполнению работ. В этом случае кредитор не обладает характерными правами, как, впрочем, и обязанностями, что необходимы для тех действий, которые должник уже стал совершать. Так, если говорить о работах, предоставляемых в отступление от займа, то кредитор не обладает никакими правомочиями заказчика в подрядном обязательстве, а по-прежнему является займодавцем. Кроме того, если должник не доведет дело до конца и впадет в просрочку, то кредитор может обратиться лишь к притязанию на основное исполнение, но ведь у него в руках уже может быть часть результата работ, принятых по факультативному обязательству. Здесь практика стоит перед выбором типизированной модели: считать ли обязательство исполненным в соразмерной части или признавать его неисполненным вовсе, пока исполнение не получено сполна.

Первая модель приводит к тому, что стороны ввергаются в неопределенность из-за необходимости приравнивания стоимостных выражений задолженного и частично исполненного. В одних случаях это не составит большого труда (например, когда частично полученное заактировано сторонами с указанием стоимостных показателей), в других — возникнет спор. Некоторые обязательства, хотя бы и с делимым предоставлением, имеют для кредитора ценность, только если будут исполнены полностью, в этом случае придется сделать исключение и предоставить кредитору право отказаться от принятого частичного исполнения и потребовать основного предоставления. Частично полученное исполнение становится объек-



том кондикционного обязательства кредитора. Ведь получается, что последний неосновательно получил по не состоявшемуся *de jure*, но частично произошедшему *de facto* факультативному исполнению. Поэтому уже должник превращается в кондикционного кредитора по встречному неоднородному обязательству и здесь еще неизвестно, кто в результате пострадает больше.

Вторая модель не лучше: если кредитор получил лишь частичное исполнение, обязательство не прекращается вовсе. Поэтому если дальнейшего исполнения не последует, он также оказывается кондикционным должником в части полученного и может искать основного исполнения в суде. Но хуже другое — кредитор при частичном исполнении, а для работ и услуг это состояние весьма характерно, оказывается выпавшим из правового поля: должник вроде уже начал исполнять запасное обязательство, но прав по нему у него еще нет, требовать же основного исполнения он не может, ибо там частный мораторий. И в том и в другом случае стороны находятся в каком-то противоестественном раздвоенном положении: частично предоставляемое факультативное исполнение относится к одному типу обязательства, но правовое регулирование осталось характерным для первоначального типа обязательства. Для нашего примера кредитор — фактически заказчик, но юридически он все еще займодавец. Но удобно ли платить с чужого плеча?

Какая же модель избрана в российском праве? Теперь приходится сказать: пока неизвестно. Арбитражная практика исходила из первой модели, т.е. из пропорционального прекращения обязательства<sup>6</sup>. Пленум создает фигуру умолчания, он не подтверждает эту практику, но и не предлагает иное.

Неудобство факультативного исполнения при частичном исполнении особенно остро может проявиться, именно когда *facultas* выражается в работах или услугах. Представим, что, скажем, заемное обязательство снабжено факультативной опцией оказания охранных услуг в отношении имущества кредитора. Должник приступает к их оказанию, но потом прекращает. Поскольку начало исполнения запасного обязательства не означает преобразование обязательства, как при модели альтернативного обязательства, стороны все еще состоят в обязательстве заемного типа. Далее происходит хищение имущества кредитора. Получается, он не может предъявить требование, связанное с нарушением обязательства по оказанию услуг, а вправе лишь искать возврата займа. Но убытки от хищения и от просрочки по займу могут быть совершенно несопоставимы. Такая ситуация представляется просто нелепой. Если обратиться к выполнению работ с частичным предоставлением их результата кредитору, то, смотря по обстоятельствам, в одних случаях интерес кредитора будет заключаться в оставлении частичного результата (например, когда он значителен), а в других он предпочел бы вернуться к первоначальному обязательству, в том числе тогда, когда по характеру обязательства частичный результат не имеет ценности. Понятно, что юристы попытаются найти выход из подобных ситуаций, но в настоящем комментарии этого даже не следует делать, ибо концептуальная ошибка порождает столько негативных последствий, что никакой комментарий не справится с ними.

<sup>6</sup> Согласно п. 5 письма № 102 «в случае, когда стороны предусмотрели предоставление отступного по частям, при предоставлении части отступного обязательство считается прекращенным пропорционально фактически предоставленному отступному».

Плодить контroversы можно и дальше, даже не сходя с места чистой гипотетики, а какие узлы здесь завяжет практика, не снилось никаким фригийским царям. Изложенное показывает, что когда Пленум говорит: «Правила об отступном не исключают, что в качестве отступного будут выполнены работы, оказаны услуги или осуществлено иное предоставление», прагматик должен услышать: «Ни в коем случае».

Как упоминалось выше, соглашение об отступном чаще всего заключается в ответ на сложности с исполнением, возникающие у должника. Именно это вызывает потребность прекратить обязательство и сойтись на ином. Однако, как верно указывает Пленум, стороны вправе согласовать условие о предоставлении отступного на любой стадии существования обязательства, в том числе до просрочки его исполнения. Свобода договора обеспечивает эту возможность. Более того, будучи последовательным, следует пойти дальше и добавить, что соглашение об отступном может быть достигнуто с самого начала возникновения обязательства с основным предоставлением.

Кто-то скажет, что для договорных обязательств это какая-то фантазийная история и такого не бывает. Но такие случаи известны, хотя они зачастую сопряжены, судя по всему, со злоупотреблением правом, в том числе в виде обхода закона. Хорошо известна многолетняя практика обхода законодательства об участии в долевом строительстве. Изошренность российских юристов в этом деле породила немало «схемотехник» по созданию хитроумных юридизмов. Вот одна из них. Покоренный рекламой гражданин обращается к застройщику, желая приобрести вожделенную квартиру. Застройщик объясняет ему, что если заключить договор купли-продажи будущей квартиры (который у нас называется договором участия в долевом строительстве, хотя дольщик ничего не строит, конечно, а застройщик, может, и строит, но не долю, а всё целиком), то придется подвергнуться «вредному» воздействию всем хорошо и печально известного закона и поэтому квартира окажется эдак на 20–30% дороже. Крушение всех мечтаний дольщика, который в своих грезах уже давно заселился в квартиру, является удобным психологическим моментом, чтобы предложить ему «очень выгодную сделку». С гражданином заключается договор займа, и застройщик сразу вступает с ним в соглашение об отступном, объектом которого и является квартира. Договоры займа упомянутым специальным законом не регулируются. Конечно, реальный характер отступного не мог бы в принципе остановить обход законодательства об участии в долевом строительстве (но закрыл бы эту схему), что возможно сделать только неотвратимостью наказания за его нарушение, а этого характер отступного обеспечить не может.

Трудно спорить с приведенным Пленумом тезисом о возможности заключения соглашения об отступном до просрочки исполнения, но чисто с теоретической точки зрения возникают вопросы: чем *изначальное* вступление сторонами в факультативное обязательство отличается от отступного, имея в виду ремиссионный характер последнего? должны ли разъяснения Пленума об отступном распространяться и на этот случай? следует ли установление альтернативного обязательства или изменение ординарного обязательства на альтернативное до его нарушения считать каким-то основанием или способом прекращения обязательств? Они еще подлежат осмыслению.

Что касается словоупотребления про согласование «*условия* о предоставлении отступного», то использованный термин «условие», видимо, не несет какой-то рестриктивной смысловой нагрузки. Речь может идти о включении условия об отступном в имеющийся договор; заключении отдельного договора, добавлении такого договора к тому или иному внедоговорному обязательству. Теоретически все это не что иное, как соглашение об изменении обязательства (если оно договорное, то об изменении договора), которое в факультативной концепции приводит к изменению ординарного обязательства на факультативное.

- (б) Упоминание Пленумом «*стадии* существования обязательства» ценно само по себе, ибо стадийность или развитие (динамика) обязательства зачастую не принимается во внимание, тогда как порой это имеет принципиальное значение для верной правовой квалификации того или иного правоотношения. Но для самой возможности установления отступного это как раз значения не имеет. Выражение судей в отношении *существующего* обязательства невольно поднимает вопрос о допустимости соглашения об отступном в отношении не существующего, а будущего обязательства. Означает ли использование в постановлении словесного оборота «существующее обязательство» запрет на согласование отступного по еще не возникшему обязательству? Интуитивно кажется, что Пленум не имел этого в виду, поскольку семантически внимание читателя явно привлекается именно к стадийности с упором на то, что договариваться об отступном допустимо и до просрочки. Это, кстати, косвенно подтверждает предположение, что чаще всего соглашение об отступном достигается именно после просрочки. Видимо, распространенность этого положения вещей и смутило каких-то судей, которые ошибочно считали, что заключить соглашение до просрочки невозможно. Чтобы развеять это заблуждение, Пленум и дает рассматриваемое разъяснение, чем упрочивает свободу договора в этом аспекте. Отсутствие каких-либо намеков на допустимость соглашения об отступном в отношении будущего обязательства легко объяснить: широкой практики такой договорной техники в обороте не наблюдается. Теоретически эту возможность на основании принципа свободы договора исключать нельзя.
- (в) Переживание обязательством различных стадий своего юридического бытия может ставить и другие вопросы допустимости преобразования ординарного обязательства в факультативное, которые не касаются названного Пленумом рубежа — просрочки. Так, учитывая, что указанное преобразование идет к выгоде должника, а не кредитора, если требование кредитора арестовано, его распорядительная власть ограничивается, а потому изменение характера обязательства не должно допускаться. Это необходимо ввиду защиты прав того лица, в чьем имущественном интересе совершен арест. Недопустимость применения некоторых способов прекращения обязательства ввиду наличия ареста эпизодически проявляется в судебной практике, например в отношении зачета<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Арест денежных средств на банковских счетах должника означает запрет их списания в пределах суммы, указанной в исполнительном документе, а также запрет банку (кредитной организации) заявлять о зачете своего требования к должнику, являющемуся его клиентом, поэтому суд вправе по заявлению судебного пристава-исполнителя или взыскателя наложить арест на поступившие денежные средства, а также на средства, которые поступят на имя должника в будущем на корреспондентский счет обслуживающего его банка, если иные меры не могут обеспечить исполнение принятого судебного акта (например, арест денежных средств на расчетном счете клиента) (п. 45 постановления Пленума ВС РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства»; далее — постановление № 50).

На стадии судебного спора стороны также могут достичь соглашения об отступном, но его придется облечь в процессуальную форму мирового соглашения, чтобы остановить движение процесса в отношении основного исполнения. При этом принудительное исполнение такого мирового соглашения не должно отменять или изменять материальное отношение, а это значит, что если *facultas* не будет исполнен, то взыскатель (кредитор) может претендовать на принуждение должника к исполнительному производству только к основному исполнению.

Присуждение должника к основному исполнению в натуре теоретически не должно лишать должника права на предоставление запасного исполнения. Но здесь могут возникать известные сложности с необходимостью гармонизации материального и процессуального отношения. Заключение соглашения об отступном технически не препятствует получению кредитором (истцом) исполнительного документа и принудительного исполнения решения суда. Поэтому сторонам (особенно должнику) и здесь разумнее облечь соглашение в процессуальные одежды мирового соглашения. Сложнее будет обстоять дело, если, заключив соглашение об отступном, кредитор откажется от его утверждения в качестве мирового соглашения. Учитывая, что названное соглашение влечет по факультативной концепции установление частного моратория на основное исполнение, у должника появляются основания просить суд об отсрочке исполнения решения суда (ст. 203 ГПК, ст. 324 АПК). Если должник не исполнит факультативное обязательство, кредитор (взыскатель) даст ход принудительному исполнению основного обязательства. Если же должник предоставит надлежащее факультативное исполнение по соглашению об отступном, которое мировым соглашением не было оформлено, а взыскатель на основании исполнительного документа принудит к основному исполнению, то последний неосновательно обогатится. Соглашение об отступном, хотя бы и не оформленное в виде мирового соглашения, является действительной сделкой, которая влечет соответствующие юридические последствия, за тем лишь исключением, что не способна завершить процесс. Кроме того, действие кредитора по получению основного исполнения, когда он уже получил факультативное исполнение, может квалифицироваться как нарушение соглашения об отступном и вести к возникновению обязанности возместить должнику убытки.

- (г) Пленум не касается вопроса о том, какое именно имущество пригодно для отступного, видимо, обоснованно полагая, что любое. Тем не менее относительно недавняя история судебной практики показывает, что у судов почему-то возникали на этот счет странные и необъяснимые рестрикции. Поэтому было бы не лишним отметить, что объектом отступного может выступать любой оборотоспособный объект гражданского права: так, нет никаких препятствий для прекращения обязательства передачей «голого» вещного права без передачи самой вещи<sup>8</sup>, доли в праве собственности, корпоративных, обязательственных, исключительных прав. В некоторых случаях интересам сторон могут соответствовать и всякие экзотические пока для оборота ремиссионные сделки, например передача в качестве отступного только старшинства залога (п. 1 ст. 342 ГК) или права по опциону (п. 7 ст. 429.2 ГК).
- (д) Разъяснение Пленума в отношении пригодных для прекращения отступным обязательств никакой новизны в наше право не привносит.

---

<sup>8</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 17739/12.

В части отсутствия полной свободы для прекращения отступным реституционных обязательств высказывалась ранее арбитражная практика. Здесь ограничителем могут выступать три обстоятельства: 1) нарушение прав и охраняемых законом интересов третьих лиц; 2) нарушение публичных интересов; 3) противоречие существу первоначального обязательства<sup>9</sup>.

В ряду многочисленных договорных обязательств достаточно сложно обнаружить такие, которые нельзя было бы прекратить по самому их существу. Видимо, этот феномен, плохо пока изученный в науке и не столь известный на практике, можно будет обнаружить в отношении обязательства, которое неразрывно связано с другим. Например, если признать в обязательстве продавца недвижимости такую его обязанность, как совершение действий, необходимых для регистрации перехода права собственности (с чем, вопреки закону, не все согласны в доктрине), то такое обязательство едва ли можно прекратить отступным, поскольку это войдет в противоречие с существом законодательного регулирования.

В отношении кондикционных обязательств, кажется, никогда и не было никаких сомнений в допустимости их прекращения отступным. Тут надо принять во внимание, что блокирующая оговорка («...если это не нарушает...») по редакции комментируемого разъяснения относится как к реституционным, так и к кондикционным обязательствам. Ранее более узкая по содержанию блокирующая оговорка (если «...не нарушены права и интересы третьих лиц или публичные интересы...») в арбитражной практике относилась к ограничению использования отступного по реституционным обязательствам, о кондиции такого не говорилось<sup>10</sup>. Надо заметить, что приведенная Пленумом блокирующая оговорка имеет достаточно универсальное значение, а потому есть основания распространить ее на все договорные основания прекращения обязательств, что надо было бы сделать в п. 1 постановления, где блокирующая оговорка сформулирована более узким образом («...если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства...»). Было бы странно, если бы прекращение обязательства отступным не допускалось, когда такое соглашение нарушает права и охраняемые законом интересы третьих лиц, публичные интересы или противоречит существу первоначального обязательства, а для новации или прощения долга это не имело бы юридического значения.

Поскольку перечень пригодных для прекращения отступным обязательств является примерным, о чем прямо говорит Пленум, его можно продолжить указанием на деликтные обязательства. Здесь, правда, сомнения могут возникать в отношении требований, тесно связанных с личностью кредитора. Такие обязательства, как возникающие из причинения вреда личности и здоровью, равно как алиментные обязательства, в известной степени ограничиваются в обороте (например, при зачете, уступке права). Эти ограничения по понятным патерналистским причинам традиционно служат защите интересов кредитора, нуждающегося в содержании. Тем не менее нет уверенности в том, что их следует экстраполировать и на отступное. Ведь соглашение об отступном может быть заключено к выгоде кредитора. Например, должник может договориться о прекращении алиментного обязательства, предоставив, скажем, кредитору в собственность недвижимое имущество, которое

<sup>9</sup> См.: п. 6 письма № 102.

<sup>10</sup> См. там же.

способно приносить периодический доход (допустим, от сдачи его в аренду), что при тотальном запрете послужит к невыгоде тех лиц, для интересов которых эти рестрикции и вводятся. Получится обратный эффект. Еще большие сомнения в обоснованности ограничения прекращения таких обязательств отступным могут вызывать случаи прекращения обязательства в части определенного уже просроченного периода, а не на будущее.

Некоторую особенность могут составлять корпоративные обязательства, к которым в силу указанной в постановлении нормы п. 3 ст. 307.1 ГК применяются общие положения об обязательствах. Возможно, что в числе корпоративных отношений имеются такие, которые не могут прекратиться отступным по самому их существу. Так, кажется сомнительной допустимость предоставления корпорацией отступного по своему обязательству выдавать соответствующую информацию. Кроме того, надо принимать во внимание и разъяснения Пленума в отношении таких случаев, когда прекращение обязательства по соглашению сторон не допускается в принципе (см. комментарий к п. 1), — они будут обнимать и случаи соглашения об отступном.

Могут ли стороны заключить соглашение об отступном в отношении обязательства, которое изначально возникло как факультативное? Видимо, здесь не должно быть препятствий в силу принципа свободы договора. Другое дело, что следует определить, какое изменение в обязательственное отношение сторон это привнесет. Стороны вольны своим соглашением изменить одно запасное исполнение на другое (замена или новация *facultas*). Но это строго юридически не будет прекращением обязательства, ибо к предоставлению запасного предоставления должник не обязан. Стороны также свободны договориться о расширении перечня факультативных действий (альтернативная *facultas*), чтобы должник имел право выбирать запасное исполнение из согласованного перечня. Таким образом, у должника будет возможность произвести по своему выбору то или иное запасное исполнение. Нельзя исключать и такого соглашения, когда запасное исполнение дополняется, а не заменяется иным (кумуляция *facultas*), а потому должник, чтобы отступить от основного долга, обязан будет совершить не одно, а все согласованные действия. Альтернативная и кумулятивная *facultas* доступны и при предоставлении отступного не по факультативному, а по ординарному обязательству. Альтернативная *facultas* придает соответствующему набору действий характер альтернативности, т.е. когда должник выберет одно из нескольких действий, он уже не может обратиться к другой *facultas*, но может не исполнять выбранное, а исполнить основное обязательство. Договор, однако, может предусмотреть и свободный (или обусловленный чем-либо, например платой) отказ от выбранной *facultas*, чтобы избрать другое действие. Если по факультативному обязательству согласовано отступное, то по умолчанию следует констатировать замену *facultas*, а не альтернативу или кумуляцию.

Стороны могут своим соглашением подвергнуть трансформации альтернативное обязательство, превратив его в факультативное. В этом случае они должны определить, какое из действий является основным исполнением, а какое (какие) факультативным. Если при множестве *facultas* в трансформированном обязательстве оказался не ясен характер этой множественности, то презюмируется альтернативная *facultas*.

Все изложенное в двух предыдущих абзацах имеет исключительно умозрительный характер, но такая интенсификация факультативных обязательств, предпринятая как законодателем (ст. 308.2 ГК), так и судебной практикой, учитывая также разъяснения Пленума об исполнении обязательств (где факультативным обязательствам отведено больше места, чем, скажем, одностороннему отказу от обязательств), возможно, приведет к их повсеместному распространению и развитию, что на самом деле совсем нежелательно.

- (е) В третьем абзаце комментируемого пункта можно обратить внимание на такую терминологическую особенность, как именование прекращаемого отступным обязательства *первоначальным* (в последующих фрагментах, посвященных как отступному, так и новации, этот термин повторяется). Кажется, что Пленум *volens nolens* применяет термин, характерный для новации (ср.: «Обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства...» (п. 1 ст. 414 ГК)). В факультативном обязательстве нет и не может быть никакого первоначального обязательства, поскольку при возникновении факультативного обязательства нет никакого обновления обязательства, а факультативное предоставление вообще не обязательство. Обязательство прекращается совершением факультативного действия, на выбор которого имеет право должник, но он не несет обязанности его совершить.

Ясно, что нехитрое интеллектуальное движение может выстроить ажурную конструкцию, например указав, что факультативное действие — это все же обязательство, просто правопорядок не позволяет потребовать его исполнения в натуре. Но эти построения кажутся искусственными. Даже если обязательство не позволяет присудить исполнение в натуре, за его неисполнение может последовать ответственность. За неисполнение факультативного предоставления (даже если должник выбрал его для исполнения, но не исполнил) никакой ответственности быть не может в принципе. Дело в том, что отступное (равно как *datio in solutio*) действительно должно быть новацией (поскольку никакого отступного не существует), а ее отграничение от отступного позитивным правом есть ошибочная историческая случайность, а точнее, архаика. О том, что и новации уже не существует, а есть лишь изменение обязательства, речь пойдет впереди. Таким образом, вроде бы можно увидеть, что теоретически верное и практически востребованное представление пробивается на терминологическом уровне через насаждаемые заблуждением пласты ошибочной концепции. Психологический рефлекс верного термина вскрывает истинное, но подспудное ощущение юристов.

- (ж) Четвертый абзац комментируемого пункта представляет собой толкование норм о прекращении обязательства вообще и об отступном в частности. Из смысла ст. 407 и 409 ГК Пленум выводит следующий перечень объектов ремиссии, которые могут быть согласованы сторонами:
- 1) полное прекращение обязательства;
  - 2) частичное прекращение обязательства;
  - 3) прекращение основного требования по обязательству;
  - 4) прекращение дополнительных требований по обязательству;
  - 5) прекращение основного и дополнительных требований по обязательству.

Можно добавить, что в действительности такой смысл обнаруживается не только (а может, и не столько) в упомянутых нормах, сколько в доктринальном понимании структуры обязательства, а также в его легальной дефиниции (ст. 307 ГК) в совокупности с фрагментарным регулированием, теоретическим пониманием дополнительных требований и, конечно же, в принципе свободы договора. Действительно, в названных Пленумом статьях буквального указания на поименованные им правовые возможности сторон не содержится, но они являются более чем очевидными.

Это разъяснение нуждается в некоторых уточнениях, которые, правда, также достаточно очевидны.

Исходя из актуальности, Пленум обращает внимание лишь на две характеристики обязательств («полное — частичное» и «основное — дополнительные»), между тем они могут иметь и другие характеристики. Например, стороны также вправе согласовать прекращение отступным отрицательного обязательства, могут также прекращаться относительно автономные дополнительные обязательства, которые не опосредуют предоставление (например, продавец может отступить от своего обязательства принять участие в деле по иску о vindicatio вещи у покупателя). Кроме того, отступным могут прекращаться как регулятивные, так и охранительные обязательства. Видимо, следовало бы допустить предоставление отступного за освобождение от связанности условием о выбранном применимом праве или об арбитражной оговорке, чему, однако, будет противиться догматика (поскольку отсутствует прекращаемое обязательство), но в парадигме соглашения об изменении обязательства (его условий) с этим никаких сложностей возникать не должно.

Обязательство в широком смысле характеризуется тем, что всё обязательственное правоотношение сторон целиком (например, договорное) включает в себя множество обязательств в узком смысле. Допустим, что заемное обязательство (договор займа) предусматривает возврат суммы займа (капитальной суммы) через один год, с ежемесячной уплатой процентов, а также в случае просрочки возврата суммы займа — неустойки в определенном размере за каждый месяц просрочки. Если заемщик не исполнит обязательство в широком смысле, то через месяц после наступления срока возврата суммы займа у него будет 15 обязательств в узком смысле, причем по 14 из них у кредитора имеются дополнительные требования, а по одному — основное требование. Это множество обязательств представляет собой следующую сумму: одно обязательство возвратить сумму займа, 13 обязательств уплатить проценты и одно обязательство уплатить неустойку за месяц просрочки. Согласовывая условия об отступном, сторонам желательно определить, какие именно из перечисленных обязательств прекращаются предоставлением отступного, либо указать (как чаще всего и бывает), что прекращаются все обязательства по договору. Если воля сторон на частичное прекращение обязательств не вызывает сомнения, но ей недостает конкретизации, необходимо определить правовые последствия для такого случая.

Пленум не вдается в такие детали, и это, наверное, правильно, ибо все возможные вариации недостаточно определенного волеизъявления на ремиссию трудно типизируемы. Тем не менее некоторые предположения здесь можно сделать. Например, если без желательной конкретизации стороны договорились, что обя-



зательства должника прекращаются предоставлением отступного на указанную в соглашении сумму, которая меньше суммы совокупного обязательства (обязательства в широком смысле), то соглашение об отступном является заключенным, несмотря на некоторую неопределенность. Если воля на прекращение всех обязательств была опровергнута или это следует из соглашения то при исполнении соглашения должником прекращенные обязательства должны определяться по правилам ст. 319 ГК. Предоставление отступного может рассматриваться в качестве суррогата исполнения (кредитор получает удовлетворение, но не то, которое было первоначально согласовано). Это обосновывает применение *mutatis mutandis* правил об исполнении обязательств к отношению по прекращению обязательств.

- (3) Соотношение четвертого и пятого абзацев комментируемого пункта показывает, что Пленум оперирует понятием обязательства то в широком, то в узком смысле, что является не самой удачной методологией, но не должно приводить к заблуждению при знакомстве с теорией обязательств. В пятом (последнем) абзаце комментируемого пункта речь идет о таком соглашении, в котором сами стороны согласовали прекращение по обязательству в широком смысле (например, по договору), но тем не менее остается неясным, о полном или частичном прекращении обязательства они договорились. На самом деле здесь вернее говорить не только о полном или частичном прекращении обязательства, но и о том, все или некоторые обязательства прекратились. Если прекращается часть основного долга, то это неполное прекращение обязательства в узком смысле, а если прекращается только основной долг, но неустойка остается, то это неполное прекращение обязательства в широком смысле или, точнее, прекращение одного из обязательств, т.е. прекращение не всех, а только одного обязательства.

Пленум не приводит никакой иллюстрации, в каком случае может возникать неясность изъявленной воли в отношении полного или частичного прекращения обязательства. Арбитражная практика фиксировала такую ситуацию, когда обозначенная стоимость объекта отступного (например, вещи) была ниже, чем сумма совокупного обязательства (суммы обязательств или всех долгов по договору)<sup>11</sup>. Стоимость отступного не является существенным условием данного вида договора, поэтому в таком случае можно было бы рассуждать следующим образом. Коль скоро стороны соглашения обозначили стоимость объекта отступного, это условие должно быть функционально. Поскольку из соглашения не вытекает иного и по-другому данное условие в отношениях сторон применить нельзя, остается заключить, что стороны имели в виду прекратить обязательства должника только на сумму, равную согласованной стоимости отступного. Нельзя сказать, что это размышление лишено *ratio legis*, однако оно было отвергнуто в арбитражной практике и также отвергается и Пленумом.

Другой пример: лаконичное соглашение об отступном предусматривает, что **заемное обязательство** должника прекращается предоставлением названного отступного. Термин «заемное обязательство» здесь может рассматриваться в узком смысле, как только обязанность вернуть сумму займа, а может в широком — как всё заемное отношение в целом (также и регулятивные проценты, комиссии,

<sup>11</sup> См.: п. 4 письма № 102.

неустойки и т.д.). По существу, Пленум вслед за устоявшимися подходами в арбитражной практике вводит опровержимую презумпцию: если стороны заключили соглашение об отступном не по конкретно отдельно взятому обязательству в узком смысле, а в отношении обязательства в широком смысле (например, соглашение об отступном по договору), то предполагается прекращение всех договорных связей, включая дополнительные (например, обеспечительные, процентные платежи и т.п.) и правоохранительные обязательства (неустойки, проценты по ст. 395 ГК, убытки).

Более того, наверное, получится так, что даже в тех случаях, когда стороны просто поименовали долговое обязательство в узком смысле, презюмируется, что прекращаются тем не менее все обязательства должника, связанные с этим долгом. Такой продебиторский подход, видимо, можно объяснить тем, что выбор в пользу того или обратного решения в этой дилемме предопределен не столько юридической техникой, сколько психологическим и прагматическим аспектами. Можно рассуждать так, что стороны, заключая соглашение об отступном, не могут не знать, что их отношения имеют многоэлементную структуру (долги, суммы ответственности и т.д.). Коль скоро они не вычлениют отдельных элементов из всего своего многокомпонентного отношения, они намерены закончить между собой всякие отношения, так сказать, разойтись, как в море корабли. Указывая на соответствующий долг в обязательственном правоотношении, стороны имеют в виду индивидуализировать обязательство в широком смысле, а не ограничить ремиссионный эффект только этим долгом. Соглашаясь на отступное, кредитор оценивает все негативные последствия того, что первоначальное обязательство не будет исполнено, прекратившись предоставлением отступного, следовательно, разумно предположить, что в цене объекта отступного он видит достаточность удовлетворения своего интереса в сложившихся обстоятельствах. Однако это наталкивается на концептуальное предположение, на котором выстроена вся идеология факультативной модели отступного: кредитор идет на уступки, и поэтому, наоборот, цена отступного меньше размера первоначального обязательства и санкций за его нарушение. Именно потому наша модель отступного при его непредоставлении позволяет кредитору вернуться в лоно первоначального обязательства. Получается, что при реальном получении отступного подразумевается потеря кредитором выгод от первоначального обязательства, включая санкции за его нарушение, а при неполучении отступного — его неготовность нести эти потери. Если же кредитор все же рассчитывал на реальное получение отступного, защищенное принудительной силой закона, то его расчет игнорируется.

При толковании условий договора об отступном описанная презумпция может быть применена только в том случае, если методы толкования (ст. 431 ГК) не позволяют установить действительную волю сторон. На это указывает выражение Пленума о невозможности установить, была воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части.

Отсюда можно сделать простейший вывод, что для кредитора отступное невыгодно не только тем, что он попадает по общему правилу в продебиторскую модель факультативного обязательства, но также подвергается воздействию продебиторской же презумпции прекращения всех обязательств должника, даже если в соглашении указано только то из них, которое является основным. Соответственно,

разумному кредитору, желающему получить более выгодную позицию, следует предпринять переговорные усилия для того, чтобы сообразно изменить диспозитивные черты модели отступного или вообще уйти от института отступного, прибегнув к другим юридическим средствам достижения своего интереса (например, получить залоговое обеспечение от должника или от третьего лица, изменить его на альтернативное).

**3. Соглашение об отступном может предусматривать предоставление отступного как непосредственно в момент заключения такого соглашения, так и в будущем. Если моменты заключения соглашения и предоставления отступного не совпадают, между сторонами возникает факультативное обязательство, по которому должник вправе как исполнить первоначальное обязательство, так и предоставить отступное, которое кредитор обязан принять (статьи 308.2, 406, 409 ГК РФ).**

При этом судам следует учитывать, что стороны также вправе заключить соглашение, которое порождает право кредитора по своему выбору потребовать либо исполнения первоначального обязательства, либо иного указанного в соглашении предоставления. В этом случае к отношениям по исполнению обязательства применяются правила об альтернативных обязательствах (статьи 308.1, 320 ГК РФ).

**Воля сторон на выбор факультативного или альтернативного обязательства устанавливается путем толкования условий соответствующего соглашения (статья 431 ГК РФ). При наличии сомнений толкование осуществляется в пользу выбора сторонами факультативного обязательства (пункт 2 статьи 320.1 ГК РФ).**

## Комментарий

- (а) В комментарии к п. 1 уже было указано на необходимость дихотомического разделения соглашений о прекращении обязательств на те, которые исполняются при самом их заключении, и те, которые устанавливают условия прекращения обязательств, а сам ремиссионный эффект предполагается в будущем. В данном пункте Пленум предпринимает попытку разъяснить это деление применительно к отступному, но редакционно она выглядит не очень удачно. Здесь выделяется соглашение, которое *может предусматривать* предоставление отступного как непосредственно в момент заключения такого соглашения, так и в будущем. Подобная модальность («может предусматривать») способна сбить с толку. Дело в том, что соглашение об отступном может и предусматривать предоставление отступного непосредственно в момент заключения такого соглашения, но что если должник его не исполнит и ничего не предоставит? Возьмем два одинаковых во всем остальном соглашения, одно из которых предусматривает его исполнение в момент заключения, допустим 1 июля, а другое, заключенное ранее, предусматривало его исполнение в будущем, а именно 1 июля. Представим, что сегодня 2 июля и ни одно из названных соглашений не исполнено. Должен ли теоретически различаться характер этих обязательств, а отношения сторон обсуждаться по-разному? Кажется, для этого нет оснований. Но из комментируемого разъяснения вроде бы вытекает обратное.

Дальнейшее изложение разъяснения Пленума также не менее загадочно. То соглашение, по условиям которого моменты его заключения и исполнения не совпадают, объявляется договором, влекущим возникновение факультативного обязательства. А чем являлось то соглашение, где эти моменты совпадали? Разве оно не порождало факультативного обязательства с немедленной реализацией должником запасной функции? По мнению Пленума, видимо, нет, иначе зачем их было разграничивать. Продолжим наши догадки. Может быть, Пленум все же уважил законодателя и не отверг полностью его намерение придать отступному характер реальной сделки и, соответственно, мы имеем такую пару: если моменты заключения соглашения об отступном и его исполнении не совпадают, перед нами договор, влекущий возникновение факультативного обязательства, а если совпадают, то перед нами реальная сделка? Но тогда надо было бы говорить не о том, какие модусы *могут* предусматривать соглашения, а как они действуют. Если отступное предоставлено в момент достижения соглашения о нем, то обязательство прекращается. Это и есть подлинное отступное. Если отступное не предоставляется по соглашению в момент его заключения, то из него возникает факультативное обязательство. Это вообще не отступное, а изменение обязательства (мы не берем здесь случай изначального возникновения обязательства в качестве факультативного), согласно которому первоначальное ординарное обязательство изменяется на факультативное. Но Пленум, вслед за Президиумом ВАС, с очевидностью стремится сохранить консенсуальное отступное, чтобы оно не сливалось с новацией, поэтому он не мог это иметь в виду.

Кто-то может сказать, что если соглашение об отступном исполнено в момент его заключения, то вообще не важно, чем оно являлось. Но это не так, и не только потому, что мы должны знать, что с ним делать, когда оно не исполнено. То, чем оно было, важно и тогда, когда оно исполнено. Дело в том, что от этого зависит содержание и набор прав кредитора и обязанностей должника, если в произведенном исполнении обнаружатся те или иные недостатки. Пленум указал, что влечет соглашение, по условиям которого моменты его заключения и исполнения не совпадают (факультативное обязательство), но не сказал, что влечет соглашение, по условиям которого эти моменты совпадают, опять создав фигуру умолчания. Теперь надо понять, какие из разъяснений относятся к одному виду отступного, а какие к другому. Беглый анализ показывает, что не все из них, видимо, подойдут к безымянному реальному виду отступного, но кажется, что все подходят к факультативной модели отступного.

Можно отметить еще один аспект в отношении совпадения момента предоставления отступного и соглашения об отступном. Дело в том, что физически эти моменты почти никогда не совпадают. Даже в самом простом бытовом отступном имеется некий промежуток времени между договоренностью и ее исполнением. Скажем, если сосед занимал у вас деньги, а потом предлагает вместо них что-то иное, то сначала вам надо поговорить, хотя бы в дверях, и лишь после согласия принять иное оно будет отдано. Никому не нужно полной синхронизации. Наверное, все же имеется в виду какой-то разумный темпоральный разрыв между соглашением и предоставлением, но какой? Скажем, если об отступном договорились с утра, а предоставлено оно к вечеру, это следует отнести к совпадающему моменту, или сосед вправе вечером все же вернуть деньги, а иного предоставления не давать? А если сосед поленится прийти вечером и придет назавтра, совпадения

уже нет? Ситуацию, конечно, смягчает то, что бытовые случаи обходятся обычно без вмешательства юристов, а в остальных ситуациях темпоральный промежуток достаточен, чтобы зафиксировать несовпадение указанных моментов, однако введенный критерий все равно кажется сомнительным, в том числе потому что неясно, зачем он вообще нужен. Ведь если отступное предоставлено при заключении соглашения, то факультативная модель уже сработала, следовательно, дальнейшие отношения обсуждаются точно так же, как если бы сработала факультативная модель с отложенным сроком предоставления.

Чтобы не запутывать без надобности гражданский оборот, видимо, практичнее было бы смотреть на дело так. Независимо от того, когда по соглашению об отступном предусматривалось его предоставление (непосредственно в момент заключения соглашения или в будущем), этим соглашением условия обязательства изменяются на факультативное (приходится смириться). Его исполнение в момент заключения означает реализацию секундарного права на запасное исполнение. Должник отвечает за произведенное исполнение в соответствии с регулированием, предусмотренным законом для данного вида обязательства (передача имущества, выполнение работы, оказание услуги и т.д.). Когда обязательство еще не исполнено, оно продолжает оставаться факультативным.

Если же такое понимание будет отвергнуто нашей практикой, а суды начнут считать первый вид соглашения (когда оно предусматривало предоставление отступного в момент заключения соглашения) реальной сделкой, положение кредитора за пределами мелких бытовых сделок, например в коммерческом обороте, еще более усугубится. Ведь все условия такого соглашения действуют, лишь если передано имущество, ибо только с этого момента соглашение считается заключенным (п. 2 ст. 433 ГК). Договор заключается тогда, когда имущество передается и принимается. До этого момента названное соглашение есть лишь юридическая заготовка, т.е. ни у должника нет права настаивать на принятии исполнения по нему, ни у кредитора нет обязанности принять отступное. Длительная практика насаждения модели факультативного обязательства, пусть и не вполне единообразная, может ввести неискушенных кредиторов в заблуждение относительно того, что указанная заготовка чего-то значит. Это еще раз показывает, что кредиторам следует исключить из своего лексикона термин «отступное» и обходить его стороной, настолько токсичной фигурой его сделали юристы. Последнее, впрочем, неудивительно, ведь ложные сущности всегда чрезвычайно опасны.

- (б) Во втором абзаце комментируемого пункта Пленум бросает спасательный круг кредитору, предусматривая, что стороны вместо соглашения, порождающего факультативное обязательство, вправе заключить соглашение, влекущее возникновение альтернативного обязательства с правом выбора на стороне кредитора. Нет никаких сомнений, что в законодательстве отсутствуют какие-либо препятствия для заключения такого соглашения, поэтому сложно себе представить цивилиста, который полагал бы это невозможным. Хотя буквально это разъяснение адресовано судьям (строго говоря, все разъяснения только им и адресованы), оно все же скорее выглядит, как подсказка участникам гражданского оборота. Рациональному кредитору следует ей воспользоваться. Ясно, что крайне продебиторский характер факультативной концепции в некоторой степени устраняется при использовании юридической модели альтернативного обязательства, на которую Пленум

указывает как на допустимую опцию. Другое дело, что при всей ее допустимости изменение ординарного обязательства на альтернативное никакого отношения к отступному не имеет.

Интересно отметить, что Пленум в своем движении навстречу интересам кредитора как бы перескакивает через общую диспозитивную модель альтернативного обязательства, которая предусматривает по общему правилу секундарное право на выбор для должника и упоминает возможность согласования альтернативного обязательства с правом выбора кредитора. Означает ли это, что Пленум не видит возможности вместо факультативного обязательства использовать модель альтернативного обязательства с правом выбора на стороне должника? Трудно подыскать обоснования для такого ограничения принципа автономии воли. Но почему же Пленум не дает более широкое разъяснение? Единственное объяснение, которое лежит на поверхности, — это метод противопоставления, который, быть может, показался судьям удачным для иллюстрации двух крайних точек в линейке правовых возможностей: продебиторское факультативное обязательство с эксклюзивным выбором модуса действий на стороне должника против альтернативного обязательства с эксклюзивным правом выбора на стороне кредитора.

Так или иначе, стороны, без сомнений, вправе заключить соглашение, которое устанавливает альтернативное обязательство с правом выбора у должника. Даже стандартное альтернативное обязательство лучше балансирует интересы, чем факультативное. Здесь, как и в факультативном обязательстве, кредитор обязан будет претерпевать последствия выбора должника и принять то исполнение, которое тот предпочтет. Понятно, что рациональный должник всегда осуществит выбор в свою пользу. Если на рынке произошли соответствующие ценовые изменения в отношении объектов исполнения, то должник предоставит кредитору менее ценное, а не более ценное. Но улучшение баланса наблюдается в том случае, когда должник впадает в просрочку, т.е. при острой фазе обязательственного отношения. Просрочка должника является тем юридическим фактом, который влечет возникновение у кредитора секундарного права на выбор<sup>12</sup>.

Иногда говорят о переходе секундарного права от должника к кредитору, но это представление, хотя его и возможно обосновать логически, менее предпочтительно, чем концепция мультипликации выбора. Концепция перехода имеет тот недостаток (пусть и некритичный), что не исключает возможную неопределенность, когда новый хозяин секундарного права (кредитор) может манкировать его реализацией, тогда как должник может быть заинтересован в исполнении. Понятно, что лишившийся в рамках этой концепции секундарного права должник вправе потребовать у кредитора осуществить выбор и после истечения разумного срока кредитор впадет в просрочку со всеми вытекающими последствиями, защищающими интерес должника. Но зачем ставить стороны в это положение, если его лучше избежать, оставив право выбора должнику и снабдив правом выбора также и кредитора. Далее вступит в действие известный юридический метод *prior tempore potior jure*: кто первый реализует свое право, тот и преобразует альтернативное обязательство в ординарное. Таким образом, в случае просрочки в факультативном

---

<sup>12</sup> Если должник не сделал выбор в указанные выше сроки, то управомоченным на выбор становится кредитор (п. 1 ст. 320 ГК РФ) (см.: п. 44 постановления от 22.11.2016 № 54).

обязательстве кредитору не остается ничего, кроме как искать предоставления в отношении основного исполнения, тогда как в альтернативном обязательстве он может выбрать наиболее выгодное для себя и востребовать его предоставление.

Изменение ординарного обязательства на альтернативное Пленум описывает в разделе, посвященном отступному, выставляя его как альтернативу факультативной модели отступного (альтернативное обязательство здесь оказывается дважды альтернативным), но чем эта метаморфоза отличается от новации? Новация — это замена одного обязательства другим. На первый взгляд ровно это и происходит: между сторонами имеется ординарное обязательство, которое заменяется на альтернативное, т.е. на другое обязательство. Но если при этом должник выберет первоначальное обязательство, каковым было ординарное обязательство до его изменения, то получится, что новации де-факто не произошло. Более того, такая «новация» не прекращает первоначальное обязательство, должник по-прежнему обязан к этому предоставлению. Получается неновирующая новация, что довольно странно. Если же должник выберет иное предоставление, которое ординарное обязательство не предусматривало, то новация случится в момент выбора (своего рода отложенная новация). Однако кажется, что эти наши ажурные построения суть интеллектуальная избыточность. На самом деле выходит, что перед нами в этом случае и не отступное, и не новация. Это просто изменение ординарного обязательства на альтернативное, которое вообще никакого отношения к способам прекращения обязательства не имеет, как, впрочем, и превращение ординарного обязательства в факультативное. Ведь прекращение обязательства как при альтернативном, так и при факультативном обязательстве если и произойдет, то только тогда, когда должник произведет исполнение. Но раз уж заведена речь об альтернативном обязательстве, необходимо рассмотреть некоторые связанные с ним практические аспекты.

- (в) При использовании стандартной модели альтернативного обязательства важно обратить внимание на один нюанс, касающийся установления волеизъявления на выбор модели. Дело в том, что факультативное обязательство и альтернативное обязательство с инверсией выбора во изменение диспозитивной модели легко различимы — в факультативном обязательстве выбор запасного исполнения никогда не принадлежит и в принципе не может принадлежать кредитору в силу существа законодательной конструкции и самой теоретической (а точнее, скорее исторической) концепции факультативного обязательства. Иными словами, если в обязательстве выбор исполнения принадлежит кредитору, оно никогда не может быть факультативным обязательством. Но когда речь идет о стандартной модели альтернативного обязательства, ситуация меняется, несмотря на само различие факультативного и альтернативного обязательств: и в том и в другом выбор модуса действия принадлежит должнику. Поэтому буквально стороны, определяя выбор за должником, указывают на его право совершить одно из нескольких действий («...должник вправе...»), но одно лишь это указание само по себе модели не определяет. Оно показывает только, что стороны не договаривались об альтернативном обязательстве с инверсией выбора. Поэтому для устранения всяких сомнений лучшим способом является использование профессиональной терминологии, т.е. буквальное указание в соглашении на юридическую природу обязательства: факультативное или альтернативное. Но что будет, если договор готовил юрист, этого комментария не читавший? Ничего хорошего.

Пленум понимает, что проблема отграничения факультативного обязательства от альтернативного актуальна и ориентирует суды на выявление действительной общей воли сторон посредством толкования условий соглашения об отступном (ст. 431 ГК). Выявление подлинной воли сторон в условиях несовершенного российского процесса — архисложная задача, а когда соглашение об отступном подготовлено непрофессионально, она может быть вообще невыполнимой. Если в соглашении об отступном указано, что должник вправе совершить одно из двух или нескольких действий и более ни слова, возникает дилемма определения вида обязательства — факультативное или альтернативное. На первый взгляд это затруднение разрешено законодателем в п. 2 ст. 320.1 ГК, где сказано, что «к обязательству, предусматривающему совершение должником одного из двух или нескольких действий, применяются правила об исполнении альтернативного обязательства (статья 320), если оно не может быть признано факультативным обязательством».

Презумпция альтернативного, а не факультативного обязательства как будто установлена законодателем недвусмысленным образом. Но Пленум так не считает, отмечая, что при наличии сомнений толкование осуществляется в пользу выбора сторонами факультативного обязательства (п. 2 ст. 320.1 ГК). Кажется, что цитированная выше норма истолкована ровно наоборот. Ведь если есть сомнения в том, что обязательство факультативное, а именно об этом и сказано в постановлении, по закону следует заключить, что оно не может быть признано факультативным и должны применяться правила об альтернативном обязательстве. Но эта логика здесь не работает. Получается, что Пленум, бросивший своим разъяснением спасательный круг кредитору абзацем выше, следующим ходом забирает его обратно, опять вставая на проредиторскую позицию. Поддерживая концепцию факультативного отступного, Пленум и не мог выбрать презумпцию альтернативного обязательства, поскольку последнее не является отступным. В российском праве от отступного не так просто избавиться: стоит при прекращении обязательства выразиться чуть невнятно, и оказываешься в отступном. Поэтому кредиторам ничего не остается, как руководствоваться известным принципом «спасение утопающих — дело рук самих утопающих», и изъясняться понятнее.

Нередко на практике стороны, не задумываясь о последствиях, заключают соглашение об отступном, которое предусматривает предоставление отступного в счет исполнения обязательства в определенный срок или без указания такового. При этом такие соглашения не упоминают ни факультативного, ни альтернативного обязательства, ни наличия у кого-либо какого-либо права на выбор чего-либо. С учетом разъяснения Пленума с высокой степенью вероятности подобное соглашение квалифицируется как порождающее факультативное обязательство.

- (г) Если уж и надо было концептуально выстроить модель отступного с учетом тех случаев, когда кредитор соглашается принять меньшую ценность в качестве отступного, то ее надо было сделать все же более сбалансированной. Например, можно было бы увидеть в отступном такое соглашение, согласно которому первоначальное обязательство изменяется на альтернативное обязательство особого вида, где преобразование происходит только посредством реального исполнения обязательства должником. Приведем пример: допустим, просрочивший должник обязан уплатить 1 млн руб., а кредитор соглашается принять в собственность автомобиль стоимостью 700 тыс. руб. Должник имеет возможность избавиться от бремени обя-



зательства, предоставив в срок имущество меньшей стоимости (автомобиль). Но если он опять окажется неисправным, то право выбора возникнет также и у кредитора (п. 1 ст. 320 ГК), который может вернуться к первоначальному обязательству в 1 млн. Если же в таком случае кредитор вовсе не шел на уступки, а выговорил себе по отступному имущество, которое он заинтересован получить, то при просрочке должника он может потребовать его. При таком подходе и должник не лишается маневра по урегулированию долга, и кредитор при неисправности должника имеет юридические средства достижения своего интереса.

Не нужно пространного обоснования, чтобы утверждать о допустимости такой договоренности сторон на основании принципа свободы договора, поскольку ни закон, ни разъяснения Пленума ей не препятствуют. Другое дело, что в этой модели при реальном выборе должником альтернативного исполнения (в нашем примере — предоставление автомобиля) обязательство прекращается исполнением, которое весьма условно можно назвать отступным. Но если на первый план ставится непереносимое сохранение стройной систематики, в которой отступное обязательно должно обнаруживать свою «самость», то предложенная модель неудобна для названной цели. При этом когда отступное предоставляется в действующей факультативной модели, обязательство также прекращается исполнением, ибо передача запасного предмета (возьмем тот же автомобиль) есть действие, ничем не отличающееся от действия в альтернативном обязательстве, когда оно уже совершено.

Интересы кредитора и должника вполне могут быть обеспечены и сбалансированы лучшим образом с использованием условной новации. Стороны договариваются о предоставлении кредитору иного предоставления, чем по первоначальному обязательству, но с отлагательным условием — ремиссионный эффект наступает только при реальном предоставлении должником иного предоставления в согласованный или разумный срок. Однако для такого решения нужно распрощаться с отступным, которое превращается в разновидность новации. Вот только наше право никак не согласно отправить отступное в музей, желая сохранить этот экспонат в современном мире.

**4. В случае заключения соглашения об отступном кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства до истечения установленного сторонами срока предоставления отступного, если иное не установлено таким соглашением. Если стороны не договорились об ином, в отсутствие согласованного срока для предоставления отступного в качестве исполнения факультативного обязательства должник вправе предоставить отступное в течение разумного срока с момента заключения соглашения. Когда должник предоставляет отступное по истечении указанного срока, кредитор вправе отказаться от принятия отступного и потребовать исполнения первоначального обязательства (пункт 1 статьи 314, пункт 1 статьи 320.1, статья 421 ГК РФ).**

## Комментарий

- (а) В данном пункте раскрывается механизм отступного по факультативной концепции. По общему правилу заключение соглашения об отступном влечет, по суще-

ству, установление частного моратория на истребование исполнения по первоначальному обязательству. Продолжительность этого моратория определяется соглашением сторон и тождественна сроку реализации секундарного права на запасное предоставление. Пленум указывает, что в этих обстоятельствах кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства до истечения установленного сторонами срока предоставления отступного, но *иное может быть предусмотрено соглашением*. Что именно может изменить введенное Пленумом правило (такой нормы в законе нет), не уточняется и примеров не приводится. Рассуждение от обратного («не вправе требовать») приводит к мысли, что это такой случай, когда стороны, установив срок для реализации секундарного права на факультативное исполнение, не вводят частный мораторий. Для этого, видимо, в соглашении надо предусмотреть некоторое условие (положение, оговорку), согласно которому соглашение об отступном не лишает кредитора права требовать предоставление по первоначальному обязательству (основного исполнения) в соответствии с условиями этого обязательства, в том числе в предусмотренный такими условиями срок. Тем самым будет создан конкурирующий режим между субъективным правом требования кредитора и секундарным правом должника.

Предоставление должнику некоторого срока на исполнение факультативного обязательства для определенных модусов действий является просто необходимым не с юридической точки зрения, а из представлений реалистичности. Скажем, если стороны согласовали поставку партии товара, то должнику требуется некоторое время на ее организацию, что уж говорить про осуществление работ или оказание услуг, многие из которых мгновенно выполнить просто невозможно. Допущение же Пленумом конкурирующего режима делает секундарное право должника в значительной степени иллюзорным. Получается, что кредитор, не дождавшись истечения срока для предоставления отступного, вправе потребовать основное исполнение, а секундарное право должника на факультативное предоставление тем самым будет уничтожено. Возможно, под согласованием иного имелось в виду что-то другое, но его еще предстоит открыть, ибо черты этого иного оказываются пока неуловимыми.

- (б) Из второго предложения следует, что отсутствие в соглашении срока на реализацию секундарного права означает, что должник вправе предоставить отступное в течение разумного срока. Однако и это правило снабжается исключением: в отсутствие согласованного срока стороны могут договориться об ином. Значит, в таком случае срока на реализацию секундарного права нет, разумный срок не применяется, а действует некий иной режим регламентации отношений сторон. Можно было бы помыслить, что в качестве иного имелось в виду, например, условие; но условие в сделке или в обязательстве — это не срок, а иной юридический феномен. Поскольку разъяснение касается именно срока, то сложно вообразить какой-либо иной вариант, не выходя за тематику срока. Несмотря на то, что предоставление отступного является правом, а не обязанностью должника с учетом того, что прекращение обязательства является суррогатом исполнения, имеется основание обратиться по вопросу срока к ст. 314 ГК, посвященной срокам исполнения обязательства.

Обязательственному праву в отношении сроков исполнения обязательств известны следующие опции: 1) определенный условиями обязательства срок (дата);

период, включая отлагательно обусловленный; неизбежное событие); 2) разумный срок (в ст. 314 ГК буквально не назван, но повсеместно признается); 3) востребование. Последний вариант едва ли возможен, поскольку это вступит в противоречие с природой факультативного обязательства, востребование исполнения по которому кредиторю недоступно в принципе. Получается, и здесь Пленум указывает на какое-то загадочное иное правило поведения. Возможно, все эти «иные» есть просто оговорка на всякий случай. Жизнь всегда богаче наших представлений о ней; может, иное и сыщется когда-нибудь. Впрочем, возможно, поиск иного нужно вести не в направлении обнаружения срока, не тождественного ни определенному сторонами, ни разумному, а в моменте иного начала течения разумного срока. Например, наверное, можно помыслить себе такое соглашение, когда оно определит, что отступное предоставляется не ранее согласованной даты или периода, отсчитываемого от момента заключения соглашения. Это может объясняться интересами кредитора в получении некоторого времени для подготовки к принятию отступного, скажем для подыскания складского помещения. К исполнению факультативного обязательства в таком случае все равно применяется категория разумного срока, но момент начала соответствующего периода будет определяться не указанным Пленумом моментом заключения соглашения, а иным темпоральным параметром. Для такого понимания разъяснения надо было бы сформулировать его по-другому, а именно: «В отсутствие согласованного срока для предоставления отступного в качестве исполнения факультативного обязательства должник вправе предоставить отступное в течение разумного срока с момента заключения соглашения, если стороны не договорились об ином моменте». Такая редакция для достижения альтернативного понимания очевидна, но она не использована, поэтому остаются сомнения в отношении того, что действительно имелось в виду.

Возвращаясь к разумному сроку, который подлежит применению при отсутствии в соглашении срока, необходимо определить, в чью пользу он установлен и какой характер он имеет. Пленум выражается здесь достаточно филигранно: должник вправе предоставить отступное *в течение* разумного срока с момента заключения соглашения. Отсюда следует, что разумный срок — это скорее не момент во времени, а период. Сам срок одновременно служит интересам как кредитора, так и должника, а их соблюдение, соответственно, необходимо определять по началу и окончанию периода разумного срока. Это означает, что начало течения разумного срока должно позволять кредитору, смотря по характеру факультативного обязательства, подготовиться к принятию исполнения. Напротив, окончание периода не должно быть настолько кратким, чтобы не давать должнику возможности приискать исполнение и организовать его предоставление кредитору. Также окончание периода не должно быть настолько продолжительным, чтобы обмануть разумные ожидания кредитора по удовлетворению его имущественных интересов. Изложенное показывает, что для некоторых действий по исполнению период разумного срока оказывается весьма неопределенным, поэтому молчание соглашения на этот счет крайне нежелательно.

- (в) Третье (последнее) предложение комментируемого пункта направлено на защиту интересов кредитора. Когда его ожидание предоставления факультативного исполнения оказывается напрасным, частный мораторий прекращается и он может востребовать основное исполнение (исполнение первоначального обязательства).

Интересно сравнить это разъяснение в отношении отказа от принятия предложенного по истечении срока отступного с общим разъяснением об отказе кредитора от принятия факультативного исполнения. Касательно последнего Пленум разъяснил, что кредитор **обязан принять** от должника факультативное исполнение, в том числе в период просрочки исполнения основного обязательства<sup>13</sup>. В комментируемом же разъяснении говорится о том, что **кредитор вправе отказаться** от принятия отступного и потребовать исполнения первоначального обязательства.

Кажущееся различие в разъяснениях едва ли может иметь содержательное обоснование. В действительности оба они требуют некоторого уточнения. Отказ кредитора вследствие просрочки должника регламентируется не нормами о факультативных обязательствах и не нормой об отступном, а общими положениями обязательственного права. Согласно п. 2 ст. 405 ГК если вследствие просрочки должника исполнение утратило интерес для кредитора, он может отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков. Эту норму следует адаптировать для просрочки в предоставлении факультативного исполнения. В противном случае даже самая незначительная просрочка в предоставлении по факультативному обязательству, которая никак не затрагивает интересы кредитора, давала бы последнему право воспользоваться нерасторопностью должника как предлогом и уничтожить его секундарное право. Последнее не согласуется с принципами справедливости и добросовестности. Пленум избегает разъяснить, каким образом регламентируются отношения сторон в случае, если кредитор необоснованно отказался принять факультативное исполнение. Видимо, это связано с тем, что данный вопрос выходит за рамки непосредственной тематики прекращения обязательств. Если оставить в стороне сомнительную правовую возможность понуждения кредитора к принятию факультативного исполнения в натуре, следует исходить из того, что в этом случае было бы справедливым предоставить должнику возможность отказаться от обязательства и потребовать возмещения убытков.

- (г) Пленум ничего не сообщает о допустимости согласования строго определенного срока для факультативного исполнения. Хотя данная разновидность сроков неизвестна в качестве общего положения обязательственного права и применяется только в отдельных видах обязательств (п. 2 ст. 457 ГК), в силу принципа свободы договора стороны могут предусмотреть срок исполнения факультативного обязательства в качестве строго определенного срока. Более того, он может ясно вытекать из договора, в том числе из характера обязательства. В этом случае один лишь пропуск должником этого срока будет означать утрату интереса кредитора к договору об отступном. По существу, получается, что секундарное право на выбор факультативного исполнения оказывается срочным, а истечение срока пресекает само право.
- (д) Для отступного, как уже указывалось, характерно, что соответствующее соглашение достигается либо в преддверии просрочки по основному исполнению, либо уже после таковой. Следовательно, чаще всего прекращение частного моратория вследствие истечения срока на предоставление факультативного исполнения означает наличие текущей просрочки по основному обязательству, которое и может

<sup>13</sup> «По смыслу ст. 308.2 ГК РФ, если законом, иным правовым актом или договором не предусмотрено иное, кредитор обязан принять от должника факультативное исполнение, в том числе в период просрочки исполнения основного обязательства» (п. 47 постановления от 22.11.2016 № 54).

быть истребовано кредитором. Теоретически можно помыслить такую ситуацию, когда срок на предоставление факультативного исполнения наступает ранее, чем срок исполнения по основному исполнению. Соответственно, в этом случае кредитор не вправе потребовать исполнения основного исполнения до наступления срока.

- (е) Из второго предложения разъяснения можно сделать вывод, что во всех случаях отсутствия в соглашении об отступном срока его предоставления договор считается заключенным, а отсутствующий срок восполняется за счет применения разумного срока. Однако такой вывод был бы ошибочным. Срок предоставления отступного не назван в качестве существенного условия этого соглашения в ст. 409 ГК. Но для некоторых видов договоров срок исполнения является существенным условием. Соглашение об отступном есть договор об изменении первоначального обязательства, в результате которого определяется кауза сделки, а именно вид договора, регулирующий измененные отношения сторон. Если, скажем, обязательство о возврате займа прекращается соглашением о предоставлении в собственность вещи, то дело можно представить так, что по существу правоотношение сторон по договору займа преобразуется в правоотношение по договору купли-продажи, так что сумма займа рассматривается в качестве уплаченной покупной цены. Может, поэтому Ульпиан говорил: «*Qui rem in solutum accepit, similis est emptori*» («Тот, кто принимает вещь во исполнение [обязательства], рассматривается как покупатель»).

Если последнее верно, то измененное обязательство должно отвечать требованию закона в отношении существенных условий, предусмотренных для данного вида обязательства. Это легко объяснимо, ведь законодатель, требуя согласовать то или иное условие, стремится устранить нежелательную для правопорядка неопределенность в данном отношении сторон. Неважно, каким образом сложилось соответствующее отношение, — изначально в качестве определенного вида договора или впоследствии посредством изменения какого-либо обязательственного отношения.

Отсюда вывод: соглашение об отступном должно содержать существенное условие, требуемое для договора того вида, которому соответствует обязательство должника по предоставлению отступного. Для срока предоставления отступного это означает, что он должен быть согласован, если относится к существенному условию. Например, если в качестве отступного согласована определенная работа, то в соответствии с п. 1 ст. 708 ГК договором должны определяться начальный и конечный сроки ее выполнения. Конечно, можно поставить это суждение под сомнение, ибо срок выполнения работ нужен, если работы являются задолженным действием, а срок определяет момент просрочки. В факультативной модели отступного выполнение работ — не обязательство должника, а его право их выполнить, а потому требовать согласования срока избыточно. Но дело осложнится тогда, когда работы начнут выполняться и отношения сторон мало чем будут отличаться от обычных подрядных отношений, для которых наличие срока считается существенным.

Факультативное обязательство может быть обусловлено тем или иным образом. Если условие носит отлагательный характер, то момент истечения срока факультативного исполнения, соответственно, необходимо будет определять исходя из соотношения условия и срока.

**5. Если должник в течение соответствующего срока не осуществил факультативное предоставление (не предоставил отступное), кредитор вправе потребовать исполнения первоначального обязательства, но не предоставления отступного (пункт 1 статьи 320.1, статья 409 ГК РФ). В таком случае кредитор вправе воспользоваться средствами защиты, установленными на случай неисполнения первоначального обязательства, включая взыскание неустойки и (или) процентов за просрочку исполнения первоначального денежного обязательства, которые начисляются начиная с первого дня просрочки исполнения первоначального обязательства.**

**Если по соглашению сторон в качестве отступного передано недвижимое имущество, однако должник уклоняется от регистрации перехода права собственности на этот объект, кредитор вправе потребовать осуществления такой регистрации (пункт 1 статьи 6, пункт 3 статьи 551, абзац второй пункта 1 статьи 556 ГК РФ).**

## **Комментарий**

(а) По факультативной концепции кредитор, соглашаясь на отступное, получает надежду на то, что оно будет предоставлено. Как уже указывалось, причиной заключения соглашения об отступном часто является затруднение в исполнении обязательства на стороне должника. У этих затруднений, в свою очередь, имеются свои причины, и они могут быть самыми разными. Тем не менее, если должник не устоял в одном обязательстве, риск нового нарушения обязательства повышается. Юридические последствия реализации этого риска и способы защиты нарушенного права кредитора описываются в комментируемом разъяснении. Пленум продолжает и несколько развивает сложившуюся ранее в арбитражной практике факультативную концепцию отступного. В соответствии с теоретическими представлениями, а также с пореформенным регулированием факультативных обязательств делается единственно возможный вывод о правах кредитора: если в соответствующий срок факультативное предоставление не будет осуществлено (Пленум уточняет, что под факультативным предоставлением необходимо понимать предоставление отступного, что, кажется, и так всем ясно), кредитор вправе притязать на все, что причитается по основному обязательству и в связи с ним. Частный мораторий на истребование основного исполнения отменяется; кредитор, чьи надежды не оправдались, вправе потребовать исполнения первоначального обязательства. Чтобы устранить всякие сомнения, Пленум добавляет *expressis verbis*, что кредитор предоставления отступного требовать не вправе. В качестве нормативного основания для этого суждения приводятся как норма о факультативном обязательстве, так и статья об отступном, хотя в последней ничего из сказанного обнаружить невозможно.

Защита прав кредитора осуществляется способами, предусмотренными для первоначального обязательства, которые Пленум именуется средствами защиты. Понятие «средство защиты» ГК неизвестно (он знает только технические средства защиты некоторых интеллектуальных прав), поэтому можно предположить, что, используя этот термин, Пленум хотел подчеркнуть наличие у кредитора всего арсенала юридических правомочий по защите его прав и законных интересов. Во втором предложении данного разъяснения Пленум сразу переходит к острой фазе обязательственного правоотношения — его неисполнению, минуя другой сценарий, ко-

торый вполне возможен после описанного в первом предложении, — требование исполнения по первоначальному обязательству. Ясно, что Пленум не мог отрицать возможность этого другого сценария, а пропустил его ввиду неактуальности и ясности. Тем не менее указанное развитие событий вполне возможно и, следовательно, правоотношения сторон по исполнению первоначального обязательства подпадают под регулирование главы 22 ГК об исполнении обязательств, правил, предусмотренных для соответствующего вида обязательств, а в случае ненадлежащего исполнения первоначального обязательства, соответственно, специальных и общих правил об ответственности и способах защиты при ненадлежащем исполнении обязательства.

- (б) Когда Пленум вслед за законодателем говорит о том, что если должник не предоставил отступного, кредитор вправе *потребовать* основного исполнения, то, видимо, он не имеет в виду заявление формального требования во всех случаях, хотя такой вопрос может возникать. Соответственно, по отпадению частного моратория должник обязан осуществить основное исполнение в установленный срок, а если отступное согласовывалось после нарушения должником срока, то он сразу же оказывается в продолжающейся просрочке. При этом период частного моратория из просрочки не исключается.

Если первоначальное обязательство не позволяло определить срок (включая разумный срок) или оно является обязательством до востребования, могут возникать вопросы: должен ли здесь применяться п. 2 ст. 314 ГК, который предусматривает, в частности, что обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении? необходимо ли кредитору предъявить указанное требование, чтобы поставить должника в просрочку по общему правилу через семь дней? На первый взгляд, коль скоро первоначальное обязательство оказалось без указания срока для исполнения, основания для отказа в применении названного положения закона отсутствуют. Однако не все так просто. Представляется обоснованным как минимум принять во внимание, находился ли должник в просрочке до заключения соглашения об отступном. Если до этого момента кредитор уже предъявлял требование, а впоследствии стороны достигли соглашения об отступном, то устанавливается частный мораторий, который просрочку не очищает. Следовательно, после прекращения этого моратория должник уже оказывается в просрочке и никакое второе требование кредитор заявлять не обязан.

Более того, есть некоторые основания, что такое последствие должно наступать и в том случае, когда соглашение об отступном заключено еще до наступления просрочки, хотя это более спорное суждение. Когда стороны заключают соглашение об отступном по факультативной концепции, они констатируют тем самым, что программа обязательственного отношения изменяется, ибо что-то пошло не так, как было задумано изначально. Соглашением об отступном или на основании разъяснения Пленума определяется срок для факультативного исполнения, поэтому можно обнаружить, что обязательство после этого позволяет определить и срок для основного исполнения, который наступает после истечения срока для факультативного предоставления. Кажется, что это должно отвечать интуитивным представлениям о действиях сторон на случай, когда должник своим правом не воспользовался. Ясно, что из самого соглашения об отступном в совокупности

с положениями первоначального обязательства может следовать необходимость формального заявления требования кредитором, чтобы поставить должника в просрочку по первоначальному обязательству. Поскольку ясности по этому нюансу в нашем праве пока не имеется, кредитору в таком случае желательно соответствующее требование все же заявить, чтобы избежать контроверз на этот счет.

Прекращение частного моратория означает, что если по первоначальному обязательству была допущена просрочка (будь то до этого моратория или после его установления), она влечет обычные юридические последствия, как будто бы моратория не было. Пленум специально выделяет в качестве примера такие последствия, как неустойка и (или) проценты за просрочку первоначального денежного обязательства, которые начисляются с первого дня просрочки исполнения первоначального обязательства. В этом, собственно, сторонники факультативной концепции отступного и видят ее позитив для кредитора. Возвращаясь к первоначальному обязательству, кредитор не несет потерь, на которые он предположительно согласился, договариваясь об отступном. Поскольку статистические исследования не проводились, реалистичность этого предположения определяется исключительно индивидуальным опытом каждого или интуитивно. Понятно, что те кредиторы, которые рассчитывали на реальное получение отступного по факультативной концепции, обманываются в своих ожиданиях. Получение отступного — это всегда надежда, а не результат требования.

Естественно, прекращение частного моратория восстанавливает юридическую силу обязательства в отношении всех его условий, а не только в части охранительных процентов и неустойки. Если по обязательству предусматривались регулятивные проценты, то их начисление на период частного моратория не приостанавливалось; кредитор может прибегнуть к способам обеспечения, предусмотренным на случай неисполнения основного обязательства. Справедливо и обратное: все ограничения прав кредитора, следующие по условиям первоначального обязательства, сохраняют силу.

- (в) Употребление Пленумом в отношении прав кредитора термина «*взыскание*» не следует понимать как единственно допустимую опцию. Это лишь одно из доступных правомочий кредитора, которое не умаляет действие других возможных юридических средств, например условия о безакцептном списании денежных средств с банковского счета, зачета, отказа от обязательства и т.д.
- (г) Здесь уместно сделать еще одно добавление: если после прекращения частного моратория кредитор примет факультативное исполнение, то все последствия нарушения первоначального обязательства, в том числе возникшие после прекращения частного моратория, нуллифицируются при условии, что иное не установлено соглашением сторон об отступном. Это следует из разъяснения о прекращении всех дополнительных требований по первоначальному обязательству (п. 2 постановления).

На практике вполне мыслима ситуация, которая примыкает к данному разъяснению (или предшествует ему), но непосредственно его не касается. Речь идет о случае, когда факультативное предоставление осуществлено с просрочкой (о просрочке можно говорить лишь условно), но принято кредитором. В такой ситуации



первоначальное обязательство все равно прекращается и по общему правилу прекращаются все дополнительные требования, с ним связанные. За неисполнение факультативного обязательства договором обычно не устанавливаются какие-либо санкции. Теоретически это вообще невозможно, ведь *facultas* долгом не является. Коль скоро кредитор не вправе требовать факультативного исполнения, все дополнительные обязательства (например, неустойку) невозможно связать с факультативным исполнением или они должны подчиняться такому же правовому режиму, а это приводит к их дисфункции. Всё это неизбежное следствие внутренне противоречивой конструкции рассматриваемого вида обязательства: факультативному исполнению должника не корреспондирует право кредитора его потребовать.

С прагматической точки зрения едва ли можно найти рациональные объяснения недопустимости договориться о неустойке за ненадлежащее исполнение ввиду несвоевременного предоставления факультативного исполнения, принятого кредитором. Возражения оказываются сугубо доктринальными — факультативное исполнение задолженным не является. Нет долга — нет ответственности, а первоначальное обязательство и дополнительные требования по нему прекратились. Рассматривая различные программы развития обязательственного отношения, стороны вполне могут оценить те невыгоды, которые возникнут у кредитора в случае, если он получит факультативное исполнение позже согласованного срока. Конечно, такая неустойка весьма своеобразна: позитивному праву, да и теории обязательственного права она неизвестна. Однако на первое место в этом вопросе следует поставить волю сторон и принцип свободы договора, поскольку уплата такой согласованной неустойки не противоречит принципу справедливости, не нарушает основы правопорядка и не затрагивает права третьих лиц.

Что касается принятого кредитором исполнения по факультативному денежному обязательству, то и за его просрочку следует присуждать проценты, размер которых предусмотрен договором или ст. 395 ГК. Кроме того, кредитору должен быть доступен универсальный способ защиты — взыскание убытков. Если не допускать применение названных мер ответственности, кредитор окажется беззащитным, а его интересы могут быть нарушены. Ведь в такой ситуации он сталкивается с дилеммой: лишиться компенсации своих потерь, приняв факультативное исполнение, или предпочесть отказаться от его принятия и искать защиты только в рамках первоначального обязательства, что кажется не вполне гибким подходом правопорядка. Более того, когда просрочка была не настолько существенной, чтобы давать право на отказ от принятия исполнения, кредитор окажется совершенно беззащитным. Неполучение некоторой имущественной ценности в срок влечет негативные последствия, и было бы нелогичным предоставлять кредитору юридические средства компенсации этих последствий при просрочке по первоначальному обязательству, но отказывать в этом при «просрочке» по факультативному предоставлению, ведь кредитор и в том и в другом случае несет потери. Конечно, есть менее противоречивое с доктринальной точки зрения решение — договориться о сохранении дополнительных требований об уплате неустойки и возмещении убытков за просрочку основного исполнения до фактического принятия отступного кредитором, но оно менее универсальное, поскольку, например, при прекращении неденежного основного исполнения просроченным денежным факультативным исполнением правоохранительные проценты сохранить нельзя, ибо их попросту не было для основного исполнения. Но главное: о сохранении дополни-

тельных требований надо договариваться, поэтому все кредиторы по факультативному обязательству, принявшие *facultas* с просрочкой, остаются без защиты, если не подумали о таком исходе заранее. Это еще одно доказательство непригодности факультативной модели для цели ремиссии обязательств. Она постоянно дает сбой в отыскании справедливого баланса интересов сторон.

- (д) Определенный интерес может представлять также не затрагиваемый разъяснением случай, когда, согласовав предоставление отступного в определенный срок, должник приступает к исполнению первоначального обязательства до наступления этого срока. Позитивное право никак не регламентирует этот казус, по крайней мере буквально. Вправе ли кредитор отказаться от принятия такого исполнения только на этом основании, рассчитывая, что до истечения срока по факультативному исполнению должник может передумать и все же произвести запасное действие вместо основного? Ответ на этот вопрос должен быть отрицательным.

Природа факультативного обязательства такова, что запасное исполнение рассматривается как льгота должника, которую дает ему правопорядок в модели данной разновидности обязательства. Одно лишь установление срока предоставления отступного не лишает должника права до истечения этого срока исполнить основное обязательство. Предоставление по основному обязательству не может рассматриваться как недопустимое досрочное исполнение, если срок исполнения по первоначальному обязательству наступил или по правилам ст. 315 ГК оно может исполняться досрочно. Если кредитор заинтересован в том, чтобы должник не приступал к исполнению основного обязательства, срок по которому наступил, до истечения срока на факультативное предоставление, об этом следует договориться с должником. Допустимость такого соглашения не должна вызывать сомнения. Другое дело, что здесь может возникнуть вопрос: не будет ли это изменять сам срок основного исполнения? Если иное не следует из соглашения сторон, то такое условие само по себе не влечет изменения срока по первоначальному обязательству. Оно приводит к двустороннему частному мораторию, по которому ни кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства, ни должник не имеет права его исполнять, пока не истечет срок для факультативного предоставления. После истечения срока на факультативное исполнение двусторонний частный мораторий прекращается, кредитор вправе притязать на основное исполнение, а должник может (и обязан) его осуществить.

Пленум связывает отпадение частного моратория с непредоставлением отступного в соответствующий срок, и это действительно самый распространенный на практике случай. Однако частный мораторий может прекратиться и ранее. Это происходит тогда, когда запасное исполнение оказывается невозможным. Например, если объектом отступного является уникальная вещь, которая гибнет, должник остается обязанным к основному исполнению, и если его срок наступил, кредитор не обязан дожидаться срока факультативного исполнения, поскольку последнее оказалось дисфункциональным.

- (е) Согласно теоретическим представлениям, факультативное обязательство, как и всякое обязательство, прекращается исполнением. Пока долг, представляющий запасное исполнение, не погашен сполна, должник не свободен от юридической связи факультативного обязательства. Экстраполяция факультативного обяза-

тельства на отступное, соответственно, приводит к такому же выводу: пока отступное не предоставлено во всей своей полноте, ремиссионный эффект не наступает. Отсюда с неизбежностью следует, что факультативная концепция отступного более или менее справляется с простыми случаями предоставления по отступному, главным образом с передачей движимых вещей, денег и денежных средств, ценных бумаг. Там, где предметом отступного является одноактное действие должника, удвоенная правовая связь кредитора и должника не приводит к существенным ослужнениям.

Между тем развитый гражданский оборот нюансирует экономические связи, что для обязательственного права влечет усложнение структуры самого обязательства, которая даже в простых обязательствах в широком смысле обнаруживает на стороне должника несколько обязательств в узком смысле. Возьмем базовый вид обязательства — куплю-продажу движимости. В обязательство продавца по общему правилу входит передача владения вещью покупателю (*traditio*). Кажется, что перед нами простейшее одноактное действие лица — совершение одного мышечного действия (оставим в стороне натуралистическую схоластику — сокращений мышечной ткани значительно больше). Совсем недавно какой-нибудь зажиточный крестьянин, получив по купле-продаже во владение, скажем, борону, тем бы и удовлетворился. Но сегодня покупатель бороны наверняка потребует еще одного действия — передачи документации. Это хотя и связанные, но отдельные обязательства. Что уж говорить о еще более сложных модусах, когда требуется не только передача вещей, но и выполнение работ, например монтаж проданного оборудования, его наладка, проведение испытаний и т.д. Ну и совсем уже очевидно, что такие разновидности обязательств, как выполнение работ и оказание услуг, редко когда исполняются одноактным действием. Отсюда с неизбежностью встает вопрос: прекращается ли первоначальное обязательство, когда должник приступил к исполнению, но еще не завершил его?

Теория говорит уверенное нет. Но к чему это приводит на практике? В отличие от альтернативного обязательства, выбор должником факультативного исполнения не приводит к преобразовательному эффекту, должник по-прежнему юридически еще обязан к исполнению по первоначальному обязательству, а кредитор вправе требовать только основного исполнения. Мы наблюдаем здесь рассинхронизацию реального и юридического: кредитор и должник совершают некоторые действия, которые в программу первоначального обязательства не входят, им не регулируются, а необходимое для них регулирование задействовано быть не может. Это показывает, что архаическое факультативное обязательство плохо подходит для обслуживания более или менее усложненных экономических отношений. Итак, перед нами еще одно доказательство, что навязанная гражданскому обороту факультативная концепция отступного ничего, кроме проблем, не влечет, а рациональным участникам оборота следует ее всячески избегать.

Надо сказать, что Пленум видит эту проблематику и отчасти пытается решить некоторые затруднения. Во втором абзаце комментируемого разъяснения рассматривается один из наиболее актуальных вопросов. В обороте, особенно в коммерческом обороте, сложности с исполнением первоначального обязательства побуждают должника предложить кредитору отступное в виде недвижимости. Переход в собственность недвижимости по общему правилу подразумевает наличие

двух юридических актов: передача владения новому собственнику и государственная регистрация перехода права собственности. В теории гражданского права можно отыскать две точки зрения по квалификации этих актов. Одна концепция исходит из того, что как передача владения, так и действия по регистрации перехода права собственности рассматриваются в качестве обязательств должника. Другая концепция основана на том, что обязательство охватывает только действия по передаче владения, тогда как действия по регистрации перехода права собственности в предмет обязательства не входят, ибо они представляют собой отношение с государственным органом, которое не является гражданским правоотношением.

В условиях уклонения должника от регистрации перехода права собственности в отношении переданной кредитору недвижимости согласно первой концепции обязательство не может считаться исполненным. Следовательно, применение факультативной концепции означает, что кредитор не вправе требовать осуществления такой регистрации, потому что у него нет права требовать исполнения факультативного обязательства. Вторая концепция как будто бы согласуется с теорией факультативного обязательства, поскольку передача владения недвижимостью исчерпывает обязательство, а требование о регистрации перехода права собственности в связи с уклонением должника от совершения этого действия элементом обязательства не является.

Пленум дает кредитору судебную защиту в соответствии с позитивным правом, применяя его по аналогии. Кредитор вправе потребовать осуществления такой регистрации (п. 1 ст. 6, п. 3 ст. 551, абз. 2 п. 1 ст. 556 ГК). Если находиться в рамках первой концепции, то разъяснение оказывается не соответствующим факультативной концепции обязательства, поскольку у кредитора нет права требовать исполнения факультативного обязательства. Значит, Пленум придерживается второй концепции. Однако последняя вызывает большие сомнения. Прежде всего она не согласуется с буквой закона, поскольку из п. 1 ст. 454 и п. 1 ст. 549 ГК следует, что продавец обязан не просто передать вещь во владение, а передать ее именно в собственность другой стороне. Передача владения и права собственности могут не совпадать во времени (ст. 491 ГК), что зависит от воли сторон и входит в программу обязательства. Закон устанавливает специальный способ защиты прав покупателя в отношении регистрации перехода права собственности (п. 3 ст. 551 ГК). Этот способ защиты применяется в случае уклонения продавца от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость. Если закон говорит об уклонении должника от совершения некоторого действия, которое вправе требовать другая сторона, то объяснить это можно одним-единственным способом: у должника имеется обязанность это действие совершить, ибо от чего еще можно уклониться. Более того, за необоснованное уклонение от государственной регистрации перехода права собственности предусмотрена ответственность в виде возмещения убытков, а ответственность согласно главе 25 ГК устанавливается за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Следовательно, действие по регистрации перехода права собственности входит в предмет обязательства.

В доктрине достаточно хорошо разработаны теория разъединения и теория распорядительных сделок, которые буквально законодателем не вербализованы на терминологическом уровне, но не противоречат принципам гражданского права

и позволяют решить целый комплекс практических потребностей оборота. Заключение договора, предусматривающего передачу в собственность вещи, влечет возникновение только обязательственной связи, которая необязательно влечет немедленный вещный эффект. С недвижимостью этого вообще никогда не бывает. Поэтому договор называют обязательственной сделкой, которая сама по себе не является достаточным юридическим фактом для перехода права собственности. Для перехода права собственности на движимость по общему правилу требуется ее передача, для недвижимости также требуется регистрация перехода права собственности. Для этого должна быть совершена распорядительная сделка, которая и является вторым необходимым юридическим фактом, чтобы право собственности перешло к приобретателю по договору. При отчуждении недвижимости необходимо направленное на это юридическое последствие волеизъявление сторон, поскольку участники гражданского оборота приобретают и осуществляют свои права своей волей (п. 2 ст. 1 ГК).

Отсюда становится понятным, что заявления сторон о регистрации перехода прав на недвижимое имущество и являются той распорядительной сделкой, которая влечет переход права собственности, а соответствующий государственный орган оформляет его в виде предусмотренных законом записей. Распорядительная сделка, таким образом, охватывается понятием «исполнение обязательства», являясь одним из его элементов. Если должник необоснованно уклоняется от совершения действий и не желает совершать распорядительную сделку, то он нарушает свое обязательство. Отсутствующее, но необходимое волеизъявление должника замещается решением суда, которое является основанием для регистрации перехода права собственности.

Видно, что если строго следовать внутренне противоречивой концепции факультативного обязательства в парадигме теории, в которой действия по регистрации перехода права собственности относятся к исполнению обязательства, то получится, что отступное оказывается крайне неудобным средством прекращения обязательства предоставлением в собственность недвижимости. Однако на практике участники гражданского оборота делают именно это. Пленум, видимо, отвергает теоретически более обоснованную концепцию, хотя и не говорит об этом прямо и предоставляет кредитору судебную защиту, которая тем не менее фактически есть не что иное, как присуждение к исполнению факультативного обязательства. Здравый смысл любого рационального человека призывает именно к такому решению. В противном случае получилась бы совершенная нелепица, когда стороны данного отношения в суде узнали бы о высоких достижениях науки гражданского права, согласно которым должник все еще обязан по первоначальному обязательству, а кредитору следует вернуть недвижимость. Но, вооружившись рациональной логикой судей, мы должны заключить, что после начала исполнения факультативного обязательства и предъявления кредитором требования о регистрации перехода права первоначальное обязательство прекратилось, а стороны находятся в новом правоотношении, т.е. перед нами новация.

Все вернулось на круги своя: никакого отступного не существует. Оно и неудивительно, ведь бесплодные попытки теоретиков спасти устаревшее в данном контексте — это то же самое, что и попытка усидеть на двух стульях. Но Пленум все еще делает вид, что отношения сторон не обновились, а по-прежнему остаются

отношениями по отступному, поскольку он ссылается на аналогию, в которой на самом деле нет необходимости, ибо никакого пробела здесь нет. Можно сколь угодно долго повторять, что обязательство передать в собственность вещь — это отступное, но от этого данное действие не перестанет быть элементом обязательства продавца недвижимости, т.е. отношениями по договору купли-продажи недвижимости. Как говорил Ходжа Насреддин, сколько не повторяй «халва», во рту слаще не станет. С практической точки зрения, несмотря на всю теоретическую противоречивость комментируемого подхода, Пленум, конечно, делает большой шаг вперед, ведь кредитор с утилитарных позиций все равно, по аналогии удовлетворяет его требование или не по аналогии, важно другое — у него есть право получить искомое и это право подлежит защите судом. Поскольку кредитор получает защиту ввиду требования о регистрации перехода права собственности, прежние подходы, установленные в арбитражной практике, следует оставить в прошлом<sup>14</sup>.

- (ж) Описанный Пленумом казус представляется наиболее практичным, но все же не единственным вариантом развития событий. Вполне можно помыслить себе обратную очередность действий сторон, когда переход права собственности зарегистрирован, но владение не передано. Будучи последовательным, следует заключить, что в этом случае кредитор также может защищать свои права по факультативному обязательству, требуя отобрания вещи (ст. 398 ГК). Но и тут мы вынуждены признать, что факультативное обязательство и присуждение по нему по ст. 398 ГК в факультативной теории отступного не могут повстречаться. Как известно, нет ничего более практичного, чем хорошая теория. Но хороша ли эта теория? Можно продолжать упорствовать и дальше, делая вид, что отступное существует, но тогда мы рискуем остаться в той известной истории про любимый старый чемодан без ручки: и нести неудобно, и выбросить жалко. Наше отступное очень похоже на этот чемодан.
- (з) Интересно отметить, что Пленум не упоминает в приведенном абстрактном казусе другую правовую возможность, которая имманентно присуща факультативному обязательству, — предъявление требования по первоначальному обязательству. Означает ли наличие у кредитора притязания в отношении предмета по факультативному обязательству, что он уже не может вернуться к первоначальному обязательству, приняв во владение недвижимую вещь? Противопоставление первого и второго абзацев может навести на мысль о том, что судьи именно это и имели в виду. Но тогда опять получается, что модель факультативного обязательства по отношению к недвижимости трансформируется в новацию. Ни законодательных, ни теоретических оснований для такой дифференциации факультативных обязательств в зависимости от объекта (движимость или недвижимость) не имеется. Может быть, тогда сделать упор на то, что Пленум говорит *о праве* кредитора требовать присуждения, которым он волен воспользоваться или не воспользоваться. Но в этом случае у нас факультативное обязательство чудесным образом превращается в альтернативное, когда в силу просрочки должника (в части регистрации перехода права собственности) у кредитора возникает секундарное право и он выбирает, исполнения какого из нескольких обязательств ему потребовать. Дать непротиворечивое объяснение здесь не получится, поскольку Пленум, с одной стороны, держится рационального взгляда на жизнь, а с другой — не хочет порывать с негодной

---

<sup>14</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.2014 № 2826/14.

теорией. С позиций защиты интересов кредитора и учитывая просрочку должника, концепция перехода к альтернативному обязательству видится предпочтительней, поскольку, как уже было обосновано прежде, этот вид обязательства более сбалансирован, нежели непригодная факультативная концепция.

- (и) Можно продолжать усложнять ситуацию гипотетическими примерами.

Представим, что стесненный в деньгах должник по заемному обязательству передаст по соглашению об отступном владение недвижимостью, но незадолго до подачи им заявления о регистрации перехода права собственности цены на недвижимость резко идут вверх (например, по причине очередного законодательного «совершенствования»). Понимая, что он прогадал, должник вооружается факультативной теорией отступного, берет кредит и перечисляет причитающиеся кредитору по договору займа денежные средства на его банковский счет. Завершают картину два иска: кредитора о регистрации перехода права собственности и должника о возврате владения его собственностью. Отграничит ли суд этот казус от того, что описан Пленумом, боюсь, никому пока не известно. Вооружившись негодной теорией, придется все время латать распадающуюся на волокна ветхую юридическую хламиду. Защита права кредитора видится здесь справедливой, но для этого нужно отбросить факультативную концепцию или продолжить ее гибридизацию, еще больше превращая в юридическую невидаль, достойную кунсткамеры.

Возьмем еще один пример, когда кредитор является арендатором недвижимости должника, который, испытывая затруднения по другому обязательству перед кредитором, заключает соглашение об отступном, предусматривающее передачу в собственность кредитору арендованного им имущества. Может ли кредитор в этом случае заявить иск о регистрации перехода права собственности при уклонении должника от регистрации? Здесь ответ скорее должен быть положительным, несмотря на то что факультативного исполнения вообще не было (владение передавалось по другому основанию — аренда), а регистрацию перехода права к *facultas* Пленум не относит, иначе пришлось бы допустить присуждение запасного исполнения, что расходится с теорией. Опять возникает противоречие: элементарное здравомыслие говорит, что ничего плохого в таких соглашениях нет и надо бы обеспечить им защиту, но еще одна негодная теория, которая отказывает действиям сторон по регистрации перехода права собственности в качестве исполнения по обязательству, начинает мешать. Ведь по такому соглашению, получается, вообще не имеется исполнения — владение уже передано по другому основанию. А что же тогда будет предметом такого обязательства, как отступное? Можно было бы сказать, что это замена юридического основания в обязательстве (вместо аренды будет продажа), но тогда это сольется с новацией, а этого Пленум старается избежать, ведь есть навязчивая задача непременно сохранить «самость» отступного, которого не существует.

- (к) Кредитору, рассчитывающему на получение недвижимости, согласно комментируемому разъяснению следует принять во внимание юридические риски, которые возникают в других девиантных случаях, т.е. когда гипотеза, описанная в разъяснении Пленума, будет отличаться от казуса. Так, если предметом отступного является арендованная третьим лицом недвижимость, то без введения фикции невозможно соблюсти требование абз. 2 п. 1 ст. 556 ГК в части вручения имущества.

Кроме того, в этом случае нельзя считать, что недвижимость передана в качестве отступного, как выражается Пленум. Получается, что при сравнении двух случаев отступного с передачей арендованной недвижимости и свободной недвижимости права кредиторов оказываются различными, ибо в первом случае у кредитора защиты не окажется, а во втором — напротив. Насколько такое различие отвечает принципу равенства — большой вопрос. Обычные покупатели недвижимости имеют равные права на защиту, что подтверждается судебной практикой. Схожая проблема возникает и для такой разновидности отступного, допускавшегося в арбитражной практике, как передача голого права без владения.

Еще одно затруднение может возникнуть, когда предметом отступного являются не один, а несколько объектов недвижимости, но только по одному или нескольким (не по всем) совершена передача владения. Паллиативное решение Пленума оставляет нас в неопределенности, порождая три возможных варианта квалификации для этого казуса. Первый — классическая теория факультативного обязательства констатирует неполное исполнение, следовательно, обязательство не прекращается, а кредитор вправе искать защиты только по первоначальному обязательству. Второй — признать пропорциональное прекращение обязательства и предоставить кредитору защиту по требованию о государственной регистрации в отношении переданного во владение объекта. Третий — отбросить факультативную концепцию отступного и предоставить кредитору полную защиту. Для этого вместо этой концепции надо перейти либо к теории новации (изменения обязательства), либо к теории альтернативного обязательства, смотря по волеизъявлению сторон. Это является предпочтительным, но требует решительных шагов по демонтажу негодной теории, на которые наша юриспруденция все никак не может решиться.

**6. Если предложенное отступное не соответствует соглашению сторон, а при отсутствии специальных указаний в соглашении — обычно предъявляемым требованиям, кредитор вправе отказаться от приемки ненадлежащего отступного, предложенного должником, и воспользоваться средствами защиты, установленными законом или договором на случай нарушения первоначального обязательства.**

**В случае если в принятом кредитором отступном будут обнаружены скрытые недостатки, то он вправе воспользоваться средствами защиты, предусмотренными правилами о соответствующем этому предоставлению договоре, если иное не вытекает из существа обязательства или предмета предоставления. Например, если в качестве отступного по возмездному договору было предоставлено имущество ненадлежащего качества, кредитор может воспользоваться средствами защиты, указанными в статье 475 ГК РФ, или иными средствами защиты в зависимости от допущенного нарушения (например, статьи 460, 461 ГК РФ), если иное не вытекает из существа отношений по передаче отступного.**

## **Комментарий**

- (а) Все обязательства, как и всё сущее пребывая во времени, позволяют выделить несколько стадий развития обязательственного правоотношения. Отступное, явля-



ясь суррогатом исполнения, реализуется в момент его передачи (предоставления). Консенсуальное соглашение об отступном предполагает отложенное исполнение, а исполнение является процессом, поскольку представляет собой действия сторон. Даже одноактное действие позволяет выделить три его стадии: начало исполнения, окончание исполнения и промежуток между ними. Многие модусы исполнения обязательства также позволяют обнаружить действия должника по предложению исполнения и действия кредитора по принятию исполнения (эventуально это есть в каждом обязательстве). Это волевое взаимодействие сторон, которое приводит к тем или иным юридическим последствиям в зависимости от того, как именно поведут себя стороны. Если исполнение делимо, в нем может обнаружиться еще одна срединная стадия между началом исполнения и его окончанием — частичное исполнение. Оно, в свою очередь, также часто распадается на предложение и принятие части исполнения. Таким образом, в подобном упрощенном представлении может существовать три стадии процесса исполнения: начало исполнения (предложение), продолжение исполнения (частичное исполнение) и окончание исполнения (принятие). Запасное исполнение в факультативном обязательстве, как и всякое другое исполнение, подчиняется перечисленным закономерностям. В комментируемом пункте Пленум описывает две стадии: предложение отступного и принятие отступного, но не затрагивает срединных стадий, включая частичное исполнение.

Факультативное обязательство таково, что кредитор, не имея притязания в отношении запасного исполнения, обладает всеми иными правами кредитора в отношении этого исполнения, равно как и обременен кредиторскими обязанностями. В этом смысле обязанность по предоставлению факультативного исполнения близка к натуральному обязательству, но с полноценной ответственностью за ее ненадлежащее исполнение (см. ниже).

Запасное исполнение, хотя и обладает своеобразием, характерным для факультативного обязательства, во всем остальном есть действие должника, начало которого зачастую выражается в предложении должника кредитору принять отступное. Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями (ч. 1 ст. 309 ГК). Если предложенное должником запасное исполнение не соответствует указанным требованиям закона, кредитор вправе отказаться его принимать.

Пленум вводит несколько другие требования к характеристике предложенного отступного. Оно должно соответствовать *специальным указаниям соглашения*, а при их отсутствии — обычно предъявляемым требованиям. Этому отступлению разъяснения от текста закона, видимо, не следует придавать правового значения. Наверное, это объясняется стремлением судей к экономии, поскольку избыточное цитирование может загромождать текст и препятствовать усвоению его смысла. Если выразиться совсем кратко, предложенное отступное должно быть надлежащим. Соответственно, кредитор не обязан принимать ненадлежащее отступное и вправе отказаться его принимать («отказаться от приемки ненадлежащего отступного»). Навязчивое ощущение аномальности происходящего — у должника нет долга по факультативному предоставлению, но кредитор вправе не принимать ис-

полнение не поэтому, а потому что оно ненадлежащее, — объясняется имманентно присущим всякому факультативному обязательству внутренним противоречием самой модели этой весьма своеобразной разновидности обязательств.

Некоторые модусы исполнения обязательства таковы, что позволяют должнику технически осуществить девиантное исполнение своей обязанности без волеизъявления кредитора на его принятие. Например, осуществление безналичного платежа в ненадлежащей валюте. Но исполнение обязательства — это не только технический (фактический) процесс, но и юридический. Для него требуется как воля должника на предоставление исполнения, так и воля кредитора на его принятие. Воля кредитора не может быть проигнорирована (в этом аспекте использованный судьями термин «предложенное отступное» весьма удачен). В противном случае были бы нарушены его права и законные интересы. Поэтому если у кредитора оказалось ненадлежащее отступное, он вправе отказаться от него и потребовать от должника забрать его либо вернуть его своими действиями. В соответствующих случаях подлежит применению специальное регулирование, например правила об ответственном хранении товара, не принятого покупателем (ст. 514 ГК). Таким образом, принятие отступного — понятие юридическое, а само действие по принятию не тождественно факту принятия. Товар, пребывающий в режиме ст. 514 ГК, по внешним признакам кажется принятым (например, находится на складе покупателя), а юридически является непринятым. Вообще процессу исполнения обязательства довольно часто свойственно находиться в таком состоянии, когда должник приступил к исполнению, но оно еще не окончено. Более того, срединная стадия исполнения может включать в себя различные по содержанию и многочисленные взаимодействия кредитора и должника. Как это преломляется в модели факультативного обязательства, будет продемонстрировано ниже.

Особенность факультативного обязательства такова, что, отказываясь принять ненадлежащее отступное, кредитор не вправе потребовать предоставления надлежащего, поэтому, следуя факультативной концепции отступного, Пленум разъясняет, что в этом случае кредитор вправе воспользоваться средствами защиты, установленными законом или договором на случай нарушения первоначального обязательства. Означает ли это, что у должника нет второго шанса? Хотя в разъяснении на этот счет ничего не сказано, едва ли судьи намеревались проявить здесь такой ригоризм. Каждому желательно предоставить возможность исправить свои упущения. Поэтому следует заключить, что пока кредитор вследствие просрочки должника не утратил интерес в исполнении (п. 2 ст. 405 ГК) и не отказался от обязательства, должник вправе предложить ему надлежащее отступное.

Из последовательности описанных Пленумом действий (отказ — защита) нельзя заключить, что первое (отказ) непременно повлечет второе (защиту). Это следует из того, что реализация секундарного права на отказ от принятия ненадлежащего предоставления не означает непременно перехода кредитора к защите своего права. Поэтому Пленум совершенно верно говорит именно о правах кредитора, а не о том, как ему нужно действовать. Упоминание в разъяснении *нарушения первоначального обязательства* отражает наиболее распространенную на практике ситуацию, когда соглашение об отступном заключалось либо в преддверии наступления срока исполнения первоначального обязательства, либо уже после его наступления. Нельзя исключать, и выше на это уже было указано, что ненадлежа-

шее отступное может предоставляться при отсутствии просрочки первоначального обязательства. В этом случае, естественно, ни о каких средствах защиты по первоначальному обязательству говорить не придется, пока оно не будет нарушено. Кроме того, срок предоставления отступного может быть определен периодом, соответственно, в течение этого периода должник вправе неоднократно предлагать отступное.

Неизвестный ГК термин «*средства защиты*» употребляется здесь, видимо, в том же значении и по тем же причинам, что и в предыдущем пункте.

- (б) Следующий абзац разъяснения мог бы уделить внимание срединной части факультативного исполнения, но Пленум это не делает. Мы же не можем уклониться от этого, ибо требуется понимание, каково правовое существо взаимодействия сторон на данной стадии развития обязательственного отношения.

Из первого абзаца комментируемого разъяснения можно сделать вывод, что кредитор, по крайней мере, обладает правом отказаться от принятия ненадлежащего отступного, оставшись тем самым в рамках первоначального обязательства. Но следующим же шагом нужно определить, как правильно урегулировать отношения сторон, если отступное является ненадлежащим лишь в части. Речь идет о делимом характере обязательства. Например, в качестве отступного кредитор предлагает партия товара, часть которого является ненадлежащей. Собственно, такой же вопрос встанет и тогда, когда должник предложит, а кредитор примет часть причитающегося по соглашению об отступном. Целью предоставления отступного по умолчанию является полное прекращение первоначального обязательства. Факультативная концепция отступного, однако, не может восприниматься таким образом, что поскольку только полное исполнение соглашения об отступном прекращает обязательство, то кредитор не вправе принять надлежащий товар и отказаться от принятия ненадлежащего, равно как не вправе принимать отступное по частям.

Кажется, что принцип «либо всё, либо ничего» может не отвечать интересам сторон и ни на чем не основан. Но тогда следует признать, что применяется пропорциональный принцип — первоначальное обязательство прекращается пропорционально принятому кредитором отступному<sup>15</sup>. Здесь потребуются приравнивание стоимости. В одних случаях это не составит большого труда (если стоимость каждой единицы объектов, составляющих отступное, согласована в договоре), в других случаях это может стать предметом спора. Пропорциональная концепция оставляет кредитора в неопределенности, поскольку неизвестно, продолжит ли должник осуществлять запасное исполнение. Потребовать остатка кредитор по-прежнему не вправе. Следовательно, он вынужден предпринять соответствующие меры и нести издержки для возможного принятия запасного исполнения и одновременно быть готовым к исполнению по первоначальному обязательству. Впрочем, кредитор несет этот риск во всяком факультативном обязательстве, что, смотря по характеру обязательства, может потребовать напрасных расходов. К примеру, кре-

<sup>15</sup> В случае, когда стороны предусмотрели предоставление отступного по частям, при предоставлении части отступного обязательство считается прекращенным пропорционально фактически предоставленному отступному (п. 5 письма № 102).

дитор, ожидая поставки товара в качестве запасного исполнения, арендует склад, а должник вместо этого исполняет основное обязательство — допустим, осуществляет платеж. Расходы на склад оказываются тщетными, и должник их возмещать не обязан. Эти обстоятельства также следует принимать во внимание кредитору всякий раз, соглашаясь на отступное.

- (в) Как уже отмечалось, в процессе исполнения стороны нередко вступают в многочисленные взаимодействия и в связи с факультативным характером обязательства следует определиться, имеются ли какие-либо еще права у кредитора, когда должник приступил к исполнению. Особенно актуальным этот вопрос становится для тех случаев, когда отступное выражается в виде выполнения работ и оказания услуг. Предположим, договор предусматривает выполнение работы с использованием материала заказчика (ст. 713 ГК), возникает вопрос о сохранности материала (ст. 714 ГК), кредитор желает проверить ход и качество работ (ст. 715 ГК) или дать указание о способе исполнения работ и т.д. и т.п. Неужели в этих случаях следует считать, что стороны не находятся в обязательственном отношении по факультативному исполнению? Ведь они совершают соответствующие действия, которые регламентируются не первоначальным обязательством, а тем, которое предусмотрено для запасного исполнения. Но если результат работ по тем или иным причинам так и не будет достигнут, все эти многочисленные и порой длительные действия в результате выпадут из правового регулирования подряда и окажутся не имеющими правового основания. Степень неопределенности отношений сторон здесь достигает такого накала, что факультативная концепция отступного представляется совершенно непригодной, тем не менее Пленум не видит в этом затруднений, прямо допуская выполнение работ в качестве объекта отступного (п. 2 постановления). Думается, что доказывать такую же непригодность указанной концепции для оказания услуг, в том числе с учетом ст. 783 ГК (о применении общих положений о подряде к услугам), не нужно, ибо это и так ясно, но Пленум и здесь не испытывает колебаний. Рациональным сторонам следует оценить такие риски и с учетом этого решить, что же больше отвечает их интересам — новация или отступное.

Если соглашение предусматривает в качестве отступного предоставление во временное владение и пользование вещи, то нужно определить, когда же первоначальное обязательство должно считаться прекратившимся. Ясно, что стоимостным эквивалентом первоначального обязательства является окончание периода владения и пользования. Но теория факультативного обязательства стоит на том, что, пока запасное исполнение не предоставлено сполна, первоначальное обязательство сохраняет силу, а по факультативному обязательству кредитор притязания не имеет. Неужели в таком случае кредитор не обладает всеми теми правами, которые есть у арендатора? Должен ли он нести обязанности арендатора? Кажется, что такое благо, как владение и пользование чужой вещью, вовсе не подходит для факультативной модели отступного, а сторонам и здесь лучше воспользоваться новацией. При этом для пущей надежности новация может быть поставлена под отлагательное условие — передача надлежащей вещи во владение кредитора.

- (г) В последнем абзаце комментируемого пункта Пленум обращается к той стадии обязательственного отношения, когда отступное принято кредитором. Тут теорию самостоятельности отступного постигает окончательное фиаско. Пленум обосно-

ванно отмечает, что при обнаружении в принятом кредитором отступном скрытых недостатков права кредитора подлежат защите предусмотренными правилами о *соответствующем этому предоставлению договору*, если иное не вытекает из существа обязательства или предмета предоставления. В качестве примера приводится предоставление по возмездному договору имущества ненадлежащего качества и отмечается, что кредитор может воспользоваться средствами защиты, указанными в ст. 475 ГК. Так же основательно Пленум предоставляет кредитору защиту при эвикции (ст. 460, 461 ГК).

Что же получается? Допустим, отступным прекращалось денежное заемное обязательство должника, а ответственность должник несет по правилам о купле-продаже. Но ведь это означает, что в момент предоставления отступного обязательство одного вида поменялось на обязательство другого вида, ибо заемщик не может отвечать за качество, равно как и за эвикцию. Кажется, в этом разъяснении, несмотря на все предыдущие экзерсисы, Пленум все же услышал Ульпиана (см. комментарий к п. 4). И в самом деле, если отношения сторон сначала обсуждаются по правилам одного вида обязательства, а затем по правилам о другом виде обязательства, это называется не отступным, а новацией. Опять доказано, что никакой «самости» у отступного нет. Можно попытаться опровергнуть эти аргументы рассуждением о займе родовых вещей, где заемщик отвечает за качество, но это не получится, и не только потому, что заем родовых вещей — явление достаточно маргинальное в современном обороте. Легко заменить в примере обязательство заемщика, скажем, на обязательство исполнителя услуг, которое прекращается предоставлением им вещи в собственность, и все равно получим переход от одного вида обязательства к другому.

Можно попытаться спасти факультативную концепцию отступного, если обратиться к теории мигрирующей каузы, которая, правда, мало кому известна и необходимость выделения которой в науке не обоснована. До предоставления имущества кредитору соглашение сторон имеет каузу отступного по модели факультативного обязательства, но за одну секунду до принятия отступного или за секунду после происходит новация. Последнее и объясняет, почему в случае недостатков качества или других впоследствии выявленных обстоятельств отношения сторон обсуждаются с использованием норм, регулирующих не первоначальное обязательство, и не отступное, и не факультативное обязательство, а один из элементов поименованных договоров, соответствующих произведенному предоставлению. Однако эта попытка не только выглядит искусственной, но и не решает ряд других вопросов, а именно названных выше проблем, связанных с взаимоотношениями сторон до окончания исполнения. Кроме того, получается, что новация не имеет автономного характера, ибо она применяется только постфактум, т.е. при условии, что отступное будет предоставлено. Выходит, что для прекращения обязательства непременно нужно применить два способа прекращения обязательства, а не один. Все это еще раз показывает искусственность этого построения, целью которого является оправдание отдельного существования новации и отступного.

- (д) Сравнение первого и второго абзацев комментируемого пункта показывает, что там использованы несовпадающие термины: «отступное, не соответствующее соглашению» (первый абзац) и «имущество ненадлежащего качества» (второй абзац). Первый термин шире второго, а значит, в некоторых случаях гипотеза дан-

ных абзацев в этой части может совпадать или не совпадать. Терминологическая редукция во втором абзаце ошибочна. Дело в том, что, когда кредитор юридически принял отступное, все дальнейшие отношения, а не только касающиеся скрытых недостатков или вообще качества предоставления, должны обсуждаться по новым правилам. Это подтверждается и в самом тексте разъяснения, ведь если должник несет ответственность за эвикцию, то качество тут ни при чем (если не вдаваться в спекуляции о юридическом качестве, чистоте титула и т.п.). Переданная по отступному вещь могла иметь отменное качество, но если ее виндицировали у приобретателя, то кредитор подлежит защите. Правильная интерпретация этого разъяснения достаточно проста: должник отвечает за всякое ненадлежащее факультативное исполнение, если иное не предусмотрено законом и в обозначенных им пределах договором.

Если кредитору предложено отступное ненадлежащего качества, то он вправе отказаться его принимать, а если кредитор принял такое имущество, то он вправе искать защиты по правилам о соответствующем этому предоставлению договоре. Получается, что по воле кредитора он может либо остаться в рамках правового режима первоначального обязательства, либо принять имущество и перевести тем самым отношения в правовой режим, соответствующий запасному исполнению. Таким образом, наличие предложения отступного ненадлежащего качества может приводить к тому, что кауза факультативного обязательства оказывается мерцающей. В силу абсолютно потестативного права кредитор способен преобразовать отношение. Кажется, что кредитор может контролировать ситуацию и учитывать соответствующие риски, самостоятельно решая, в каком правовом поле он окажется (по основному исполнению или по запасному исполнению). Интересы должника здесь отодвигаются на второй план, поскольку он допустил нарушение, предложив отступное ненадлежащего качества. На самом деле все не так просто.

Рассмотрим пример, приведенный Пленумом. Кредитору предложено имущество ненадлежащего качества в порядке отступного, он принимает его, но тут же требует безвозмездного устранения недостатков в разумный срок (п. 1 ст. 475 ГК). При этом вернуться к первоначальному обязательству он уже не может, поскольку принял товар. Получается, что от такого в значительной степени случайного обстоятельства, были ли недостатки скрытыми или нет, зависит правовой режим, в котором окажутся стороны. Иными словами, если кредитор не распознал недостатки в силу их скрытого характера и принял отступное, он окажется в одном виде обязательства, а если распознал их в предложенном отступном и отказался от принятия — в другом виде обязательства. Средства защиты в этих обязательствах могут быть различными, тогда как нарушенный интерес один и тот же. Выходит, права кредитора могут пострадать в зависимости от характера нарушения должника (скрытые или не скрытые недостатки). При такой новой модификации представлений о данных отношениях опять наблюдается некоторая дисфункция факультативной концепции отступного.

Однако и здесь не все просто, ведь если кредитору предоставляются средства правовой защиты, соответствующие другому, нежели первоначальное, обязательству, то, надо полагать, он получает весь арсенал, хотя Пленум об этом прямо не говорит, а блокирующая оговорка (см. об этом ниже) настораживает. Предположим, что разъяснение не имело в виду ограничить средства защиты кредитора. Но тог-

да в соответствующих случаях кредитор вправе отказаться от обязательства (как можно отказаться от обязательства, в котором не было требования, — это, конечно, большой вопрос, но здесь сплошь одни аномалии). И что за этим последует? Первоначальное обязательство восстановится? Лица, предоставившие по нему обеспечение, опять окажутся обязанными и прочувствуют на себе все прелести факультативной модели обязательства? Как быть с исковой давностью по первоначальному обязательству, ведь при скрытых недостатках последние могут долго не проявляться? Тут уже кредитор, отказавшись от обязательства, может сам себя наказать и получить в награду от юристов натуральное обязательство. Далее, если в силу недостатков факультативного предоставления кредитор потребует уменьшения покупной цены, то, видимо, следует считать первоначальное обязательство не прекратившимся в соответствующей части. Происходит расщепление обязательственного отношения: часть его подчиняется одному виду обязательства, а другая часть — другому. Все это лишь наши предположения, а как на это посмотрят суды, пока неизвестно. Получаем еще одно доказательство непригодности факультативной модели отступного для жизненных потребностей людей. Предлагаемая нашим правом модель отступного похожа на минное поле, и только весьма прозорливому, квалифицированному и удачливому сталкеру от юриспруденции удастся провести своих подопечных по этой зоне, наполненной многочисленными ловушками и опасностями.

- (е) Во втором абзаце следует обратить внимание на два исключения, которые могут наслаиваться друг на друга. Средства защиты кредитора, соответствующие факультативному исполнению, могут быть задействованы, *если иное не вытекает из существа обязательства или предмета предоставления*. Когда же речь идет о передаче имущества, то такие средства защиты могут быть задействованы, *если иное не вытекает из существа отношений по передаче отступного*.

Блокирующие оговорки не совпадают по содержанию. Является ли это фигурой речи или это различие имеет функциональное значение?

Первая блокирующая оговорка трудно поддается конкретизации, поскольку речь может идти о совершенно различных видах обязательств и предметах предоставления. Какие именно исключения имел в виду Пленум, трудно понять. К сожалению, пример таких исключений не приводится. Также не совсем ясно разграничение между существом обязательства и предметом предоставления, ибо последний, думается, в значительной степени и определяет существо обязательства, как, впрочем, и наоборот. При таком туманном исключении положение кредитора делается весьма неопределенным, ибо он никогда наверняка не может знать, не сочтет ли суд выбранное им средство защиты подпадающим под названное исключение.

Вторая блокирующая оговорка немного конкретнее, поскольку допускает исключения из применения названных статей ГК (460, 461, 475), но и здесь не стоит строить иллюзий в отношении определенности положения сторон, поскольку на вторую блокирующую оговорку наслаивается первая блокирующая оговорка. Да и со второй оговоркой не все ясно. Пленум полагает, что из самого существа *отношений по передаче* отступного может вытекать неприменение названных норм. Буквально выходит, что препятствием для их применения являются не существо обязательства, не предмет предоставления, не условия соглашения об отступном, а именно

отношения по передаче. Что же в этой передаче может обнаружиться такого, чтобы освободить должника от ответственности за эвикцию или исключить последствия передачи отступного ненадлежащего качества? Причем из поиска необходимо исключить сами нормы об эвикции и о ненадлежащем качестве, потому что если бы имелись в виду названные в самих нормах исключения, блокирующая оговорка не понадобилась бы вовсе. Исключения суть внешние по отношению к названным нормам обстоятельства. Эта *terra incognita* еще ждет своего открывателя.

Кроме того, как уже было упомянуто, следует учитывать, что на исключения, предусмотренные Пленумом для применения ст. 475 ГК, наслаиваются не только исключения первой блокирующей оговорки, но также предусмотренные самой этой статьей исключения, согласно которым эти правила применяются, если иное не вытекает из *характера товара или существа обязательства*. Естественно, для правил об ответственности за эвикцию предусмотрены свои исключения. Привести в непротиворечивое состояние все три слоя исключений и сделать уверенное суждение о том, каким именно образом можно защитить права кредитора по соглашению об отступном, сумеет, пожалуй, только искусственный интеллект, ибо естественному это явно не под силу. Должнику же, стремящемуся избавиться от ответственности за передачу ненадлежащего отступного, вручается прекрасная возможность выуживать из многочисленных разновидностей существа бесконечные возражения, поскольку существо обязательства — вообще фигура бездонная.

- (ж) Нужно обратить внимание еще на одно исключение, приведенное в примере (кажется, последнее, но это не точно). Речь идет о том, что применение названных статей ГК допускается, если отступное было предоставлено по *возмездному договору*. Такая редакция может возбудить вопрос, о каком договоре идет речь, поскольку отступное предоставляется по соглашению об отступном, т.е. по договору. Будучи способом прекращения обязательств, отступное представляется безвозмездно, хотя едва ли этот критерий вообще подходит к квалификации отступного. Теоретически, конечно, можно помыслить, что за предоставление отступного полагается некоторое встречное предоставление, но на практике такое не встречается, поскольку, видимо, в этом просто нет экономической потребности в обороте. Экономический эквивалент отступного заложен в первоначальном обязательстве, т.е. возмездность обнаруживается именно там, а не в соглашении об отступном. Отсюда вывод, что упомянутый в разъяснении возмездный договор — это не соглашение об отступном. Вопреки указанному Пленумом, отступное предоставляется не по договору, а по обязательству. Это не просто редакционное уточнение, а принципиальное, поскольку нельзя допускать смешения прекращения обязательства в узком и широком смысле. Таким образом, правильно говорить о предоставлении отступного по обязательству, возникшему из возмездного договора. Если обязательство должника возникло из договора дарения, то стороны могут договориться о том, что обязательство дарителя прекращается предоставлением отступного. Практика не дает свидетельств того, что это распространенный случай. Даритель не отвечает за качество, ибо даренному коню в зубы не смотрят. От ответственности за вред, причиненный недостатками отступного, должник при этом, конечно, не освобождается (ст. 580 ГК). Что касается ответственности за эвикцию, то даритель за нее не отвечает, поскольку имущество достается кредитору безвозмездно. Нормы о купле-продаже к дарению не применяются.



**7. По смыслу статьи 409 ГК РФ, если взамен обязательства по уплате денег в качестве отступного предоставляется имущество, в отношении которого действует преимущественное право покупки, лицо, обладающее этим правом, может воспользоваться средствами защиты, предусмотренными на случай нарушения такого преимущественного права.**

## Комментарий

- (а) Ранее в арбитражной практике фиксировались случаи, когда предметом отступного по денежному обязательству оказывалась доля в праве общей собственности, в отношении которой законом установлено преимущественное право покупки. Хотя формально-юридически преимущественное право установлено в п. 2 ст. 246 ГК, механизм его реализации предусмотрен ст. 250 ГК для случаев отчуждения доли по договору купли-продажи или по договору мены. Поскольку соглашение об отступном по денежному обязательству ни новации, ни изменения обязательства якобы не представляет, а его стороны не рассматриваются в качестве продавца и покупателя, получалось, что преимущественное право покупки не может быть реализовано. Последнее было с очевидностью несправедливо, потому что влекло нарушение законных интересов лица, которому закон предоставил преимущественное право покупки. Кроме того, долевая собственность — социально неизбежное, но в то же время нежелательное явление, так как всегда таит в себе потенциальный конфликт. Отсюда стремление правопорядка к обеспечению приращения долей в надежде на превращение долевой собственности в индивидуальную. Одним из механизмов такого приращения является преимущественное право покупки. Поэтому в арбитражной практике было обосновано применение преимущественного права и в том случае, когда доля в праве передается по отступному. Соответственно, собственник мог реализовать свое преимущественное право покупки<sup>16</sup>.

Пленум не только продолжает формирование этой практики, но и делает еще один шаг вперед в деле защиты преимущественных прав. Комментируемое разъяснение касается не только преимущественного права покупки в долевой собственности, но и **всякого преимущественного права покупки**, если оно нарушается при прекращении денежного обязательства отступным.

Сделанный Пленумом вывод следует, по его выражению, из смысла ст. 409 ГК, что едва ли верно. Если и требуется обнаруживать смыслы защиты преимущественного права покупки, то в самих нормах о таком праве, но не в ст. 409 ГК, из которой при всем желании такие смыслы извлечь невозможно. Это замечание — не просто юридический пуризм, ибо каждому преимущественному праву покупки сопутствует некоторый правовой режим, в том числе процедура и условия его реализации, последствия нарушения и т.д., который *mutatis mutandis* подлежит применению к отношениям по отступному. Впрочем, ошибки тут быть не должно, поскольку в постановлении прямо указано, что предоставляются средства защиты, предусмотренные на случай нарушения **такого** преимущественного права.

- (б) Как уже отмечено, Пленум сделал только один шаг вперед в развитии защиты преимущественных прав, хотя мог бы сделать и второй. Имеется в виду, что данное

<sup>16</sup> См.: п. 7 письма № 102.

им разъяснение буквально распространяется только на прекращение отступным **денежных обязательств**. Получается, что если отступным прекращается неденежное обязательство, то преимущественное право игнорируется. На первый взгляд это объяснимо, ибо денежное обязательство способен исполнить всякий, тогда как неденежное — далеко не всякий. Вместе с тем сам законодатель в случае с преимущественным правом сособственника не страшится применить его к договору мены (п. 5 ст. 250 ГК), в котором никаких денежных обязательств нет.

- (в) Можно обратить внимание на то, что в этом пункте и почему-то только в нем в контексте передачи отступного используется термин **«взамен»**, тогда как законодатель от него отказался. Думается, что никакого особого содержательного смысла здесь отыскивать не следует, поскольку перед нами не что иное, как переживание в лексиконе прежней законодательной терминологии. Кроме того, по существу, применение этого термина не является ошибкой, особенно если считать отступное новацией (изменением обязательства), чем оно в действительности и должно являться. Также не следует придавать правового значения тому, что в комментируемом пункте используется термин **«деньги»**, а в п. 2 постановления применяется термин «денежные средства». Законодатель также не держится единообразной терминологии, применяя то один, то другой термин. Иными словами, из этого разъяснения нельзя вывести, что оно применяется только к прекращению обязательства по уплате наличных денег, поскольку для этого нет и не может быть никаких оснований.
- (г) По буквальному значению разъяснение Пленума применимо лишь **при нарушении преимущественного права** покупки. Это, однако, не означает, что обладатель названного преимущественного права не может воспользоваться им, если никакого нарушения нет. Например, сособственник, имеющий намерение прекратить свое обязательство отступным в виде передачи кредитору доли в праве собственности, в соответствии с п. 2 ст. 250 ГК извещает в письменной форме остальных участников долевой собственности о намерении передать свою долю постороннему лицу с указанием условий, на которых предоставляется отступное. Соответственно, лицо, обладающее преимущественным правом, может реализовать его. И здесь весьма важным оказывается вопрос о той сумме, которую обладатель преимущественного права обязан заплатить. К сожалению, комментируемое разъяснение обходит стороной этот аспект.

Для преимущественной покупки такого вопроса не возникает, поскольку закон устанавливает правило о продажной цене (п. 1 ст. 250 ГК), но в соглашении об отступном его цена может не согласовываться. Когда стоимость отступного эквивалентна размеру обязательства, выбор делать не из чего, но когда кредитор согласился прекратить обязательство должника за отступное явно меньшей стоимости, чем размер прекращаемого долга, правопорядок должен определиться, что нужно брать за основу, — размер долга или стоимость отступного. Допустим, по долгу в 1 млн руб. передается отступное стоимостью в 700 тыс. руб. Если считать, что обладатель преимущественного права обязан уплатить кредитору сумму долга, то последний получит то, на что он не рассчитывал, согласившись принять отступное меньшей стоимости, чем долг (хотя формально это долг по первоначальному обязательству). Поэтому представляется, что оптимальным решением является стоимость отступного, которую обладатель преимущественного права обязан уплатить кредитору.

На практике к отступному зачастую прибегают специально, в надежде обойти правила о преимущественном праве. В этом аспекте может возникнуть вопрос: насколько данное разъяснение препятствует лицу, обладающему преимущественным правом, доказывать ничтожность сделки отступного, прикрывающую сделку купли-продажи имущества, в отношении которого установлено преимущественное право? Может показаться, что обращение к ничтожности сделки не рационально, а кроме того, закон установил иной способ защиты преимущественного права. Зачем это делать, если управомоченное лицо вправе сразу же добиваться присуждения имущества, в отношении которого установлено преимущественное право? Тем не менее, наверное, в некоторых случаях управомоченное лицо может иметь в таком способе защиты вполне законный интерес. Например, если обладающее преимущественным правом лицо может доказать, на каких условиях согласована прикрываемая отступным сделка купли-продажи, то его права могут быть лучше защищены в тех ситуациях, когда эти условия для него более выгодны. Однако этот вопрос требует более глубокого теоретического осмысления, а судебная практика в отношении преимущественного права покупки при долевой собственности стоит на том, что в этом случае иск обладателя такого права о признании сделки недействительной не может быть удовлетворен, поскольку гражданским законодательством предусмотрены иные последствия нарушения преимущественного права<sup>17</sup>.

- (д) Обладатель преимущественного права оказывается в патовой ситуации по факультативной модели отступного в тех случаях, когда оно еще не предоставлено. Судебная практика исходит из того, что любой участник долевой собственности имеет право в течение трех месяцев со дня, когда ему стало или должно было стать известно о совершении *сделки*, требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя<sup>18</sup>. Если перевести на третье лицо права и обязанности кредитора по сделке об отступном, то он, попросту говоря, получит позицию кредитора, который никакого права требования в отношении факультативного предоставления не имеет. Выходит, что если должник не станет передавать имущество, то обладатель преимущественного права вообще ничего сделать не может, поскольку отступное, взятое отдельно, есть всего лишь надежда, что должник его выберет и предоставит. Если же признать, что к третьему лицу перешли права не только по соглашению об отступном, но и по первоначальному обязательству, то он занимает место кредитора в факультативном обязательстве. Но и в этом случае требование предоставить имущество, в отношении которого имеется преимущественное право, ему недоступно, поскольку должник в факультативном обязательстве не обязан его предоставить, а всего лишь вправе это сделать. Далее можно заблудиться еще больше. Закон говорит о переводе не только прав, но и обязанностей покупателя. У покупателя имеется обязанность оплатить имущество, т.е. тре-

<sup>17</sup> В случае нарушения права преимущественной покупки сособственника недвижимого имущества судебный акт, которым удовлетворен иск о переводе прав и обязанностей покупателя, является основанием для внесения соответствующих записей в ЕГРП.

Следует иметь в виду, что истец в этом случае не имеет права на удовлетворение иска о признании сделки недействительной, поскольку гражданским законодательством предусмотрены иные последствия нарушения требований п. 3 ст. 250 ГК РФ (п. 14 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»).

<sup>18</sup> Там же.

тье лицо право требовать имущество не получает, ибо это *facultas*, но еще и обязано заплатить. Причем платить, видимо, надо тому, кто должен передать имущество, а это должник. Это абсурдный результат.

Может быть, обладателю преимущественного права не следует торопиться с требованием о переводе прав и обязанностей, дождавшись, когда отступное будет передано? Но тогда он не только рискует пропустить трехмесячный срок, но и натолкнется на другую также далеко не совершенную конструкцию п. 3 ст. 250 ГК. Если отступное будет передано, то права и обязанности по обязательству прекратятся предоставлением суррогата исполнения и требование перевода прав и обязанностей окажется беспредметным, так как их больше нет. Кроме того, если обладатель преимущественного права начнет защиту после передачи отступного, он подвергнется риску обременения имущества или его дальнейшего отчуждения.

Также стоит обратить внимание на следующее затруднение. В законе сказано, что при продаже доли с нарушением преимущественного права любой другой участник долевой собственности имеет право в течение трех месяцев требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя (п. 3 ст. 250 ГК). Отсюда можно было бы заключить, что как только имущество продано, т.е. для отступного — перешло право собственности к кредитору, начинает истекать этот трехмесячный срок и обладатель преимущественного права может успеть защитить свое право. Но, как указано выше, судебная практика привязывает течение данного срока не к переходу права собственности, а к сделке. Пленумы установили, что любой участник долевой собственности имеет право в течение трех месяцев со дня, когда ему стало или должно было стать известно *о совершении сделки*, требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя. Если здесь идет речь не о распорядительной, а об обязательственной сделке, то получается, что, когда по условиям соглашения об отступном последнее подлежит передаче в срок более трех месяцев, обладатель преимущественного права заведомо оказывается просрочившим.

Отсюда видно, что, допустив защиту преимущественного права, но соединив ее с факультативной моделью отступного, наш правопорядок породил нежизнеспособную фигуру.

Арбитражная практика игнорировала буквальное указание закона на перевод прав и обязанностей, обоснованно сводя действие п. 3 ст. 250 ГК в конкретном казусе, по существу, к требованию о переводе на себя соответствующего вещного права, т.е. о принудительном выкупе имущества. Получается, что если один из собственников желает реализовать свое преимущественное право в условиях, когда доля в праве собственности передана по соглашению об отступном, то он, уплатив соответствующую сумму, вправе потребовать по суду перевода на себя искомой доли в праве. Если речь идет о праве, подлежащем государственной регистрации, то решение суда служит основанием для регистрации перехода доли в праве на истца. Перечисленные выше риски все равно сохраняются, но, по крайней мере, добиться приращения доли становится юридически возможным.

До передачи отступного защита (если признать, что сама обязательственная сделка должна предоставлять защиту) может быть адекватной, только если признать со-

глашение новацией (изменением обязательства). Но и в этом случае нужен особый правовой режим согласования интересов всех сторон. Надо отсесть перевод обязанностей, о котором говорится в п. 3 ст. 250 ГК, ибо у обладателя преимущественного права перед лицом, обязанным к исполнению обновленного обязательства, никаких обязанностей, кроме кредиторских, быть не должно. Он, по существу, принудительно выкупает право требования у кредитора. Далее также возникнут сложности, связанные с несовершенством нашего процессуального законодательства.

Правильный алгоритм мог бы быть таким: обладатель преимущественного права обращается в суд с требованием о защите преимущественного права. Суд, найдя его обоснованным, выносит условное решение (допустимость которого, по доминирующей точке зрения, наш процессуальный закон отвергает). Затем истец должен депонировать в службе судебных приставов причитающуюся кредитору по обязательству денежную сумму, после чего решение суда о переводе права вступает в силу и объект отступного поступает истцу, а если требуется государственная регистрация, то она производится на основании решения суда. Этот алгоритм (который требует доработки в некоторых технических деталях) по нашему позитивному праву невозможен и может обсуждаться только *de lege ferenda*. Поэтому, видимо, необходимо прибегнуть к двум последовательным искам. Обладатель преимущественного права должен оплатить выкуп права у кредитора, а если тот откажется его передавать, требовать по суду его перевода на себя. Далее, если должник не исполнит обновленное обязательство, обладатель преимущественного права, который вступил в права кредитора, может по суду требовать присуждения имущества. Но в модели факультативного отступного этот путь закрыт. Следовательно, в действительности защита преимущественного права в отношении имущества, ставшего запасным исполнением в факультативной модели отступного, доступна только после предоставления отступного.

**8. Следует учитывать, что в отношении первоначального договора и договора, на основании которого предоставляется отступное, могут быть установлены разные требования к форме, в частности, в связи с тем, что возникающий между сторонами договор подпадает под признаки обязательства иного вида или в отношении сделок с имуществом, которое передается в качестве отступного, установлены специальные требования к форме. В таком случае к соглашению об отступном подлежат применению наиболее строгие из этих правил о форме сделки (пункт 1 статьи 452 ГК РФ). Например, если в качестве отступного предоставляются доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, то соглашение об отступном должно быть нотариально удостоверено (пункт 2 статьи 163 ГК РФ, пункт 11 статьи 21 Федерального закона от 8 февраля 1998 года № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»).**

## Комментарий

- (а) Отступное может прекращать как договорные, так и внедоговорные обязательства. Когда отступное прекращает договорное обязательство, возникает вопрос о соотношении формы договора, обязательство по которому подлежит прекращению, и формы соглашения об отступном. Если стороны договора приходят к соглаше-

нию о том, что вместо определенного договором действия должника последний вправе совершить иное действие, это не может не быть изменением первоначального договора. Ведь та договорная программа действий, которую стороны избрали для себя изначально, поменялась. Согласно п. 1 ст. 452 ГК соглашение об изменении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев не вытекает иное. Поэтому соглашение об отступном должно подчиняться как минимум тождеству формы. Наша арбитражная практика тем не менее принципиально стояла на том, что отступное не представляет собой ни новации, ни изменения договора. Отсюда иногда делался вывод, что соглашение об отступном указанному правилу не подчиняется<sup>19</sup>.

Пленум же обращается к п. 1 ст. 452 ГК, а значит, признает соглашение об отступном изменением первоначального договора. Примечательно, что аналогия не применяется. Здесь обоснованно обращается внимание на то, что требования закона к форме первоначального договора и к соглашению об отступном могут не совпадать. Как известно, ст. 409 ГК никаких требований к форме соглашения об отступном не устанавливает (хотя специальный закон теоретически может предусмотреть и особую форму). Действие по предоставлению отступного чаще всего является видообразующим элементом одного из поименованных договоров (передача имущества — купля-продажа; выполнение работ — подряд; оказание услуг — возмездное оказание услуг; передача во временное владение — аренда; и т.д.). В отношении поименованных договоров закон может устанавливать те или иные требования к форме, поэтому соглашение об отступном должно соответствовать этому требованию. В противном случае тот риск, который законодатель стремился устранить установлением требования к форме, нивелировался бы, если бы стороны изначально заключили договор соответствующего вида в надлежащей форме, но не устранялся бы, если бы стороны, находясь в тождественных отношениях, оформляли их соглашением об отступном.

Казалось бы, эту мысль можно донести достаточно простым образом, установив, что соглашение об отступном должно быть заключено в той форме, которая установлена для сделок в отношении объектов, предусмотренных этим соглашением. Но Пленум идет по другому пути, вводя концепцию *наиболее строгой формы сделки* (примат строгой формы), которая закону неизвестна. Несмотря на то, что Пленум нормативно обосновывает свой вывод ссылкой на п. 1 ст. 452 ГК, этой норме примат строгой формы неизвестен, она требует тождества формы соглашения об изменении договора форме первоначального договора.

Новая концепция более строгой формы, введенная Пленумом в наше право, довольно сложна, поскольку оперирует непростой методологией сравнения трех договоров: 1) первоначального договора; 2) возникающего между сторонами договора; 3) соглашения об отступном. Разъяснение оказывается достаточно тяжелым для усвоения, если присматриваться к словам. В первом предложении дается общий посыл о том, что требования к форме первоначального договора (1) и к форме соглашения об отступном (3) могут не совпадать, а далее приводится частный случай, но в нем уже упоминаются возникающий между сторонами договор (2) и соглашение об отступном (3). Второе предложение начинается словами «В таком

---

<sup>19</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 25.09.2007 № 7134/07.

случае...», в связи с чем возникает вопрос: какой именно «такой» случай имеется в виду? Рассмотрим эту инновационную феноменологию подробнее.

В разъяснении следует обратить внимание на выражение о *возникающем* между сторонами *договоре*, который подпадает под признаки обязательства *иного вида*. Получается, что заключение соглашения об отступном влечет изменение одного вида обязательства на другой (кажется, это принято называть новацией). Интересно, что, обсуждая прекращение обязательства, приходится говорить о возникающем договоре (ремиссия, влекущая эмиссию). Фигура «возникающего между сторонами договора» складывается из двух элементов. Первый элемент — это договор, из которого возникло первоначальное обязательство; второй элемент — это соглашение об отступном. Вместе они представляют собой измененный договор, из которого возникает факультативное обязательство, которое заменяет ранее существовавшее ординарное обязательство. В первоначальном договоре, если он был взаимным, обретается еще одно обязательство. Выходит весьма замысловатая картина, но именно такие юридические пейзажи и вырисовываются, когда из маргинального факультативного обязательства хотят получить больше, чем оно может дать.

Если для первоначального вида обязательства более строгой формы договора не предусмотрено, а для другого вида предусмотрено, то необходимо подчинить оформление договорного правоотношения сторон правилам о более строгой форме. Но дело в том, что при заключении соглашения об отступном первоначальный договор на практике обычно технически не меняется. Отношения сторон оформляются двумя договорами (первоначальным договором и соглашением об отступном), в коммерческой практике это чаще всего еще и два различных документа. Следовательно, возникающий договор иного вида материализован в двух документах. Что же имеет в виду Пленум?

С одной стороны, сказано, что соглашение об отступном должно отвечать более строгой форме, с другой стороны, говорится о *возникающем между сторонами договоре*, для которого также установлены какие-то требования о форме сделки. Следует ли из этого, что первоначальный договор также должен быть облечен в более строгую форму, ведь он частично отражает содержание возникающего договора, являясь его элементом? Если имеется какой-то договор, заключенный, скажем, в простой письменной форме, и стороны решают изменить его условия таким образом, что измененный договор требует нотариальной формы, то им следует оформить весь текст договора нотариально. Скорее всего, Пленум этого не подразумевал, поскольку соответствующая форма обсуждается применительно к соглашению об отступном, а не к «возникающему между сторонами договору». Но тогда получается, что часть договорного отношения (первоначальный договор) имеет одно оформление, а другая часть (соглашение об отступном) — другое. Применительно, например, к нотариальной форме договора это то же самое, как если бы одни страницы договора были бы нотариально удостоверены, тогда как другие имели простую письменную форму. Или, скажем, положения договора купли-продажи недвижимости в отношении обязанностей продавца передать вещь в собственность удостоверены нотариально, а все остальные имеют простую письменную форму. Ситуация, осторожно выражаясь, необычная. Она может объясняться тем соображением, что раз для законодателя важным было снизить риски оспаривания именно определенных договоренностей (в нашем случае касаю-

щихся отступного), то только они и должны оформляться соответствующим более строгим образом. Отсюда вывод: договор, из которого возникло первоначальное обязательство, не требует переоформления, даже если соглашение об отступном подлежит заключению в более строгой форме.

- (б) Методология примата строгой формы усложняется тем, что для определения надлежащей формы соглашения об отступном надо учитывать не только форму возникающего между сторонами договора в зависимости от его вида, но и объект (имущество) предоставления. Этот критерий Пленуму пришлось ввести из-за того, что в некоторых случаях законодательство устанавливает требование к форме договора не по его виду или типу, а по виду имущества. Пример с долями в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, приведенный в разъяснении, как раз это иллюстрирует. Соответствующее законоположение требует нотариальной формы сделки с отчуждением указанных долей, не определяя ни вид, ни тип договора. Вопрос о том, следует ли оформлять нотариально обязательственный договор об отчуждении таких объектов или только распорядительную сделку, выходит за пределы настоящего комментария. На самом деле в некоторых, пусть и редких, случаях более строгая форма может потребоваться не из-за изменения вида возникающего договора и не из-за вида имущества, а по причине изменения субъекта. Например, если на стороне должника окажется несовершеннолетний или гражданин, признанный ограниченно дееспособным, а объектом отступного выступает недвижимое имущество, то потребуются нотариальная форма соглашения об отступном (п. 2 ст. 54 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»).

Сложность методологии примата строгой формы может проявиться в тех случаях, когда вследствие заключения соглашения об отступном возникающий между сторонами договор строгой формы не требовал, а первоначальный требовал. Допустим, обязательство по передаче доли в праве собственности на недвижимое имущество из договора купли-продажи (нотариальная форма) предполагается прекратить отступным по предоставлению движимой вещи в собственность. Возникающий между сторонами договор (купля-продажа движимой вещи) не подлежит нотариальному оформлению, поэтому разъяснение Пленума можно понять и так, что соглашение об отступном вроде не должно оформляться нотариально. Последнее совсем не соответствует п. 1 ст. 452 ГК, если соглашение об отступном признавать изменением первоначального договора, который был заключен в нотариальной форме. Это усложнение возникает из-за того, что Пленум для целей определения формы соглашения об отступном оперирует не двумя договорами (первоначальным и соглашением об отступном), а тремя, добавляя сюда возникающий между сторонами договор. Ситуация оказывается весьма непростой, поскольку требует анализа по трем критериям (а если учесть еще вид имущества — по четырем, а если добавить субъект, то и вовсе по пяти критериям).

Поскольку истинный смысл разъяснения до конца не улавливается, разумно во всех случаях оформлять соглашение об отступном в более строгой форме, если сделка, из которой возникло первоначальное обязательство, оформлена в такой форме. Иными словами, требуется взять форму первоначального договора, форму возникающего договора, форму, предусмотренную для сделок с таким имуществом, к которому относится отступное, и подчинить соглашение об отступном наиболее строгой из них.



- (в) Новая концепция примата строгой формы обнаруживает *ratio legis*. Если вследствие изменения договора его новое содержание соответствует (по виду, объекту предоставления, еще по каким-либо параметрам) договору, который требуется оформлять в более строгой форме, нежели тот, который приводит к изменению, или тот, который был изначально, то строгая форма должна быть соблюдена. Как уже отмечалось, неважно, каким образом стороны оказались в договоре строгой формы, — изначально или вследствие его изменения. Требование к строгой форме договора имеет цель устранить нежелательные споры о самом факте заключения договора, о его содержании, снизить риски подделки, пороков воли и т.д. Все эти цели одинаково актуальны и для случаев изначально заключения такого договора, и для случаев его образования за счет изменений в первоначальном договоре.

Если эти соображения верны, то новая концепция примата строгой формы, сформулированная специально для отступного, должна иметь более широкое применение, распространяясь и на новацию, да и вообще на все релевантные случаи изменения договора. А это подрывает концептуальную адекватность правила п. 1 ст. 452 ГК о тождестве формы соглашения об изменении договора. Следовательно, в разъяснении об отступном заложен потенциал изменения подходов практики к пониманию указанной нормы. Этот юридический риск следует учитывать в договорной практике, которая может в какой-то момент испытать на себе экспансию новой концепции примата строгой формы.

О других возможных проблемах правила примата строгой формы см. комментарий к п. 28.

- (г) Данное разъяснение, оперируя понятием «*возникающий между сторонами договор*», касается только вопроса формы соглашения об отступном. При этом Пленум ничего не говорит о существенных условиях такого договора, что не без основания делается для новации. Как при новации, так и при отступном стороны в результате могут оказаться состоящими в договорном отношении, в котором у другой стороны также имеются определенные обязательства. Соотношение этих обязательств может выдвигать определенные требования не только к форме соглашения, но и к его содержанию. Поэтому и в данном случае возникают основания для существования такой разновидности соглашения, как *трехчастное отступное*, соглашение о котором должно указывать: 1) на прекращаемое обязательство; 2) факультативное исполнение (собственно отступное); 3) непрекращаемое обязательство другой стороны (подробнее см. комментарий «б» к п. 27 постановления).

**9. Истечение срока исковой давности по первоначальному обязательству не препятствует заключению соглашения об отступном. Соглашение об отступном, заключенное в письменной форме после истечения срока исковой давности, в зависимости от его содержания может быть квалифицировано в качестве признания долга (пункт 2 статьи 206 ГК РФ).**

## Комментарий

Нет препятствий согласовать отступное по заданному обязательству, что, впрочем, более чем очевидно. Можно добавить, что предоставление отступно-

го можно не только согласовать для такого обязательства, но и предоставить. А если, напротив, отступное не будет предоставлено, то истекшая давность по основному обязательству не препятствует взысканию, поскольку является возобновленной (п. 2 ст. 206 ГК) при условии, что соглашение об отступном было облечено в письменную форму. Теоретически такое же последствие должно наступать и для пропущенного срока на предъявление исполнительного документа к взысканию, однако законом это не предусмотрено. Здесь есть основания для применения указанной нормы по аналогии закона. В данном вопросе помощь Пленума как раз могла бы быть полезной, но этого аспекта разъяснение не затрагивает.

Бросается в глаза, что квалификация письменного соглашения об отступном в качестве признания долга зависит от содержания этого соглашения («...в зависимости от его содержания...»). Предметом всякого договорного способа прекращения обязательства является прекращение долга. Сложно представить, как можно договориться о прекращении, не признавая сам долг. Это может случиться, когда содержание некоего соглашения таково, что оно не признается отступным, но Пленум имеет в виду другое, ибо говорит именно о соглашении об отступном, чье содержание может не свидетельствовать о признании долга. Возможно, тут таким иезуитским способом сокрыта проблема подразумеваемого согласия на прекращение прямо не названных в соглашении об отступном дополнительных требований (см. об этом ниже), но рассчитывать на то, что ее кто-то распознает в таком словоупотреблении, едва ли реалистично. Получается, что разъяснение содержит очередную загадку, которую еще предстоит отгадать более прозорливым юристам. Но в любом случае соглашение об отступном, в котором нет признания долга, исковую давность по первоначальному обязательству не возобновляет. Это означает, что если должник не предоставит отступное, кредитор вправе искать защиты только по первоначальному обязательству, а оно задавнено. Следовательно, интерес кредитора диктует ему достигать такой письменной договоренности с должником об отступном, в которой прозвучала бы воля должника на признание долга, чтобы уменьшить риск неизвестного содержания соглашения, в котором долг не признается.

Никаких особенностей влияния отступного на давность по дополнительным требованиям Пленум не отмечает. Между тем здесь есть основания для некоторых размышлений. В п. 2 постановления сказано, что «при неясности условий соглашения и невозможности установить, была воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части, толкование соглашения осуществляется в пользу того, что первоначальное обязательство прекращается полностью, а также прекращаются дополнительные требования по нему, включая обязанность уплатить неустойку». Если отступное по обязательству так и не будет предоставлено, возникает вопрос: означает ли указанная презумпция, что давность возобновлена и в отношении всех не упомянутых в соглашении об отступном дополнительных требований кредитора?

Как известно, судебная практика для признания долга, влекущего перерыв давности, исходит из того, что признание обязанным лицом основного долга, в том числе в форме его уплаты, само по себе не может служить доказательством, сви-

детельствующим о признании дополнительных требований кредитора (в частности, неустойки, процентов за пользование чужими денежными средствами), а также требований по возмещению убытков и, соответственно, не может расцениваться как основание перерыва течения срока исковой давности по дополнительным требованиям и требованию о возмещении убытков<sup>20</sup>. С учетом некоторой юридической неопределенности кредитору следует стремиться к тому, чтобы в соглашении были поименованы все дополнительные требования. Тогда, если отступное не будет предоставлено, возобновление давности послужит не только основному долгу, но и дополнительным требованиям.

Пленум не дает никакого разъяснения также и по вопросу о том, каким образом соглашение об отступном влияет на исковую давность, когда требование кредитора еще не задавнено, но уже нарушено. Прежде всего надо отметить очевидное обстоятельство, что само по себе заключение соглашения о прекращении обязательства отступным влечет перерыв исковой давности по обязательству, которое должно прекратиться. Это объясняется тем соображением, что заключение соглашения об отступном является действием, свидетельствующим о признании долга (ч. 1 ст. 203 ГК). Никто не отступает от долга, который не признает (хотя указанная выше оговорка Пленума вызывает сомнения в правильности этого суждения). Возможные девиации в расчет здесь не принимаются (см. пример для зачета в комментарии к п. 19). Следовательно, после перерыва давность начинает исчисляться заново и может истечь, если кредитор не успеет приступить к защите нарушенного права либо не наступит новый перерыв. В этом аспекте, если для предоставления запасного исполнения должнику установлен длительный срок, может оказаться, как это ни парадоксально, что срок исковой давности на присуждение по основному исполнению истечет в период частного моратория. Этот риск увеличивается для требований, по которым установлен сокращенный срок исковой давности. Установление частного моратория в факультативной концепции отступного, как известно, не влечет изменение срока основного исполнения. По нему наступает просрочка в соответствии с условиями обязательства, которая продолжается все время частного моратория. Правилам об исковой давности известно приостановление течения исковой давности при установлении публичного моратория (подп. 3 п. 1 ст. 202 ГК), но не частного. Общим местом является, что соглашением сторон не могут быть изменены ни сроки исковой давности, ни порядок их исчисления (ч. 1 ст. 198 ГК). Следовательно, и в этом аспекте отступное оказывается недружелюбной для кредитора моделью.

Если отступное принято кредитором, но обнаружилось те или иные нарушения, исковая давность исчисляется по общим правилам и условия первоначального обязательства здесь уже не имеют значения, если только кредитор не откажется от отступного.

---

<sup>20</sup>

См.: п. 25 постановления Пленума ВС РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности».

## Прекращение обязательств зачетом

10. Согласно статье 410 для прекращения обязательств зачетом, по общему правилу, необходимо, чтобы требования сторон были встречными, их предметы были однородными и по требованию лица, которое осуществляет зачет своим односторонним волеизъявлением (далее — активное требование), наступил срок исполнения. Указанные условия зачета должны существовать на момент совершения стороной заявления о зачете. Например, встречные требования сторон могут в момент своего возникновения быть неоднородными (требование о передаче вещи и требование о возврате суммы займа), но к моменту заявления о зачете встречные требования сторон уже будут однородны (требование о возмещении убытков за нарушение обязанности по передаче вещи и требование о возврате суммы займа).

### Комментарий

(а) Юридико-технически норма ст. 410 ГК оперирует понятием элементарного обязательства (обязательства в узком смысле). Из текста буквально следует, что прекращается одно обязательство: «...обязательство прекращается... зачетом... требования». Одно лицо прекращает свое требование как бы в обмен на прекращение своего обязательства (здесь мы наблюдаем реализацию принципа эквивалентности). Это простейшая биполярность обязательства: одному требованию кредитора противостоит одно обязательство (обязанность) должника («притязание — долг»). В силу принципа относительности прекращение обязательства означает и прекращение требования, и наоборот: прекращение требования влечет прекращение обязательства, ибо бессубъектных требований и долгов логически существовать не может. Однако на самом деле при зачете (за одним исключением) прекращается два обязательства (обязанности) и два требования. В этом смысле разъяснение Пленума, которое оперирует понятием «обязательства» (во множественном числе), пусть и по ходу дела, но более точно описывает структурное изменение в правоотношении сторон при зачете: «для прекращения обязательств зачетом... необходимо...». Также не будет ошибкой такое словоупотребление, как «зачет одного требования против другого требования» (см. ст. 1217.2 ГК). Прекращение обязательства зачетом требования, взаимное прекращение обязательств зачетом, взаимное прекращение встречных требований зачетом — это три литеральные формулы, которые корректно описывают одно и то же юридическое явление, но разными словами. Норма ГК более отвечает принципу законодательной экономии, а разъяснение Пленума точнее описывает структуру прекращения обязательств зачетом.

Зачет (*compensatio*) примечателен тем, что не требует и не влечет перемещения чего-либо в материальной сфере, преобразование (ремиссия) происходит исключительно в идеальной сфере. Парадоксально, но факт: сделка по зачету ничего не меняет в стоимости имущества сторон. Сделка по зачету — ремиссионная (правопрекращающая), она не порождает новых прав, а прекращает обязательства. Правила обязательственного права о зачете обеспечивают такой имущественный баланс интересов сторон, что прекращение обязательств допустимо по воле одной из них. Это является исключением из принципа автономии воли, поскольку по воле одной стороны (заявителя зачета) другая сторона не только освобождается от долга, но и получает эвентуальное удовлетворение по своему требованию. Но ввиду удобств зачета это отступление наблюдается у всех народов.

В юридической литературе активный субъект (заявитель зачета) именуется компенсантом, а пассивный (адресат зачета) — компенсатом. Однако такая терминологическая пара не имеет широкого распространения на практике, возможно из-за трудности различения (разница в одной букве «н»).

- (б) Зачет возможен, если соблюдаются условия (имеют место предпосылки) для зачета. Традиционно считается, что для зачета необходимо соблюдение трех позитивных условий: 1) встречность; 2) однородность; 3) зрелость (осуществимость).

Первое условие означает, что стороны зачета одновременно являются кредиторами и должниками друг друга. Иными словами, их требования встречно направлены. В совпадающем объеме то, что должен один, он же управомочен получить с другого. Если бы зачета не было, можно было бы наблюдать такую картину, когда одно лицо осуществляет предоставление и тут же забирает обратно точно такое же предоставление. Бессмысленность и даже вредность последнего не могло не породить феномен зачета, он хозяйственно и логически предопределен, а потому повсеместен. В каком-то смысле требовать с другого, когда сам уже должен ему, недобросовестно: *dolo facit qui petit quod redditurum est*. Если отнять право на зачет, каждый должник обязан был бы реально исполнить свое обязательство, рискуя не получить удовлетворение по своему встречному требованию. При зачете встречные требования жестко связаны своей бинарностью: если прекратится одно требование, то прекратится и другое, если одно требование не прекращается, не прекращается и другое. И здесь исхода только два, третьего не дано. Никто не может ничего потерять. В этом смысле право на зачет есть юридическое средство имущественной безопасности.

Второе условие об однородности необходимо, чтобы устранить спор о размере прекращаемых обязательств и поставить стороны в равное положение. Пленум оперирует понятием «предмет требования», которое неизвестно ГК, но используется в доктрине и судебной практике. Предмет требования характеризует задолженное действие. Соответственно, эти действия должны быть однородными. Однородное тождественно по предмету и поэтому легко приравнивается (рубль равен рублю), разнородное требует оценочного приравнивания, а следовательно, нужна обоюдная воля. Зачет производит преобразование в юридическом отношении сторон односторонней волей, поэтому оценочное приравнивание стоимости взаимных предоставлений для зачета не подходит, ибо требует согласования. Теоретически и по закону зачет возможен по различным родовым обязательствам, однако практика показывает, что зачитывают почти всегда только денежные обязательства (в специфических областях — ценные бумаги). Последнее сводится к совершению должником действия по уплате наличных денег или безналичных денежных средств в соответствующей валюте. Строго говоря, действия по уплате наличных денег и безналичных денежных средств не однородны. Однако в контексте зачета этим нюансом пренебрегают, тогда как в других случаях он может иметь решающее значение (см. п. 1 ст. 316 ГК). В настоящий момент курс наличных и безналичных денежных средств для законного интереса едва ли существенно отличается. Если же субъект обязательственного права имеет особый законный интерес в реальном получении только наличных денег или только безналичных денежных средств, то ему следует озаботиться специальным условием в обязательстве, одновременно договорившись о запрете зачета.

По российскому праву денежные требования в разных валютах, когда иностранная валюта является валютой платежа, а не валютой долга, однородными не являются, а потому незачетоспособны. Однако стороны могут договориться, что зачет требований в различной валюте в их отношениях допускается. Такое соглашение требует договоренностей об определении курса иностранных валют.

Третье условие — зрелость — обращено к сроку исполнения обязательства. Прекратить обязательство зачетом допускается только тому, чье требование созрело к взысканию, т.е. наступил срок исполнения по обязательству должника по данному требованию (перфекция или осуществимость требования). Этому критерию также отвечают требования по обязательствам, срок исполнения которых не установлен, и по обязательствам до востребования. Прекращение обязательства зачетом на основании требования, срок по которому еще не наступил, означало бы принуждение к исполнению до срока, что не соответствует условиям обязательства.

Если первые два условия (встречность, однородность) характеризуют зачетоспособность требований обеих сторон, то зрелость относится только к тому требованию, по которому заявляется о зачете (подробнее о соотношении сроков исполнения зачитываемых обязательств см. комментарий к п. 13). Такое требование именуется активным, поскольку именно его обладатель становится инициатором зачета и совершает действие, влекущее ремиссионный эффект. Соответственно, другое встречное требование именуется пассивным. На самом деле сущностное содержание активного и пассивного требования не имеет различий, поэтому активность или пассивность требования определяется не по объекту (требование), а по действию субъекта. Точнее было бы говорить не об активном и пассивном требовании, а об активном и пассивном субъекте в правоотношении по зачету. Встречные требования не имеют атрибутов активного или пассивного, пока не заявлено о зачете, но как только одно становится активным, другое немедленно оказывается пассивным (здесь наблюдается похожий с квантовой запутанностью эффект).

В контексте зачета встречные однородные требования могут находиться в симметричном соотношении зачетоспособности, когда каждое из них может потенциально стать активным (симметричная зачетная перфектность). Для этого их соотношения необходимо наступление сроков как по одному, так и по другому обязательству. При этом всякое активоспособное (перфектное, осуществимое) требование является одновременно и пассивоспособным (исполнимым), но не всякое пассивоспособное требование является активоспособным (асимметричная зачетная перфектность). Если по одному требованию срок наступил, а по другому нет, но допускается досрочное исполнение, то мы имеем дело с асимметричной зачетной перфектностью встречных однородных требований, когда один субъект вправе заявить о зачете, а другой — нет, но может подвергнуться зачету. Активоспособное требование может утратить это свойство, если срок исполнения будет изменен. Пассивоспособное требование может преобразоваться в активоспособное по наступлении соответствующего срока исполнения обязательства. Всякое пассивоспособное требование стремится к такому преобразованию вследствие течения времени (темпоральная асимметричная зачетная перфекция). Поэтому такая асимметричная зачетная перфекция временная (темпоральная), ибо по наступлении срока может стать симметричной. В связи с этим ее следует отличать

от перманентной асимметричной перфекции (или постоянной асимметричной зачетоспособности), которая характеризуется не тем, что по одному требованию еще не наступил срок, а тем, что только одна сторона вправе сделать заявление о зачете, а другая — нет и не сможет без содействия другой (см. комментарий к п. 18). Также ее следует отличать от асимметричного зачета, когда прекращается не два, а только одно обязательство (см. комментарий к п. 11).

Перфектность должна быть подлинной, а не потенциальной. Например, если возникло основание для досрочного истребования исполнения (право на акселерацию долга), требование не будет перфектным, пока это секундарное право не реализовано. Но если в руках потенциального компенсанта два секундарных права (право на зачет и право на акселерацию), он управомочен заявить о зачете, ибо такое заявление эвентуально означает и досрочное истребование исполнения (кумулятивный эффект секундарных прав). В противном случае наблюдался бы излишний формализм: от управомоченного лица требовалось бы два заявления, расположенных во времени через одну секунду, — сначала заявление о досрочном исполнении, а затем заявление о зачете. Интересам другой стороны это никак бы не помогло, а реализация прав активного субъекта оказалась бы осложнена. Лицо, против которого действует перфектное секундарное право на акселерацию, которое еще не реализовано, права на зачет не имеет, хотя бы его встречное требование и являлось активоспособным. Исключение составляет случай, когда такое лицо имеет право на досрочное исполнение.

Наступление срока исполнения как условие допустимости зачета для компенсанта (заявителя зачета) означает, что должник уже обязан платить. Если, например, по условиям обязательства должник обязан к платежу в определенный неистекший пока период, то срок исполнения для кредитора еще не наступил, а потому условие не соблюдено. И наоборот, если кредитор вправе потребовать исполнения после определенной наступившей даты, то условие соблюдено. Если же, наоборот, адресат зачета уже обязан к исполнению, а по обязательству заявителя зачета период исполнения уже начался, но еще не закончился, то зачет доступен.

- (в) Считается, что активное требование пригодно для зачета, если управомоченный вправе взыскать с контрагента причитающееся. Обычно наступление срока исполнения обязательства по активному требованию и открывает дорогу для присуждения. Но здесь необходимо рассмотреть несколько случаев, когда и встречность, и однородность, и наступление срока налицо, однако доступность зачета может быть поставлена под сомнение. Предположим, что по договору поставки предусматривается, что товар должен быть поставлен 1-го числа, а оплачен 15-го числа того же месяца. Товар не был поставлен, и оплата не была произведена. После 15-го числа формально у поставщика имеется требование, срок по которому уже наступил, соответственно, если у покупателя имеется какое-либо созревшее или пассивоспособное денежное требование к поставщику, оно может быть прекращено заявлением поставщика о зачете. Однако природа синаллагматического обязательства не дает поставщику возможности в заданных условиях требовать оплаты товара, который он не поставил, хотя бы по условиям обязательства и наступил ее срок (п. 3 ст. 328 ГК). Следовательно, такой зачет не должен состояться. Такой же подход на основании данной нормы применим и к зачету по требованию о предоплате.

Отдельно необходимо рассмотреть вопрос о необходимости возражения адресата зачета (компенсата) против заявления о зачете в этом и подобных случаях. Такое возражение не кажется нам необходимым. Зачет приводит к такому же последствию, что и присуждение: коль скоро последнее невозможно, невозможен и зачет. Обратный подход означал бы высокую степень риска в обороте, поскольку внесудебный зачет не призывает его адресата предстать перед судом, а реализуется обычно в режиме текущей почтовой или иной корреспонденции. Это повлекло бы такое нежелательное последствие, что каждый обладатель *exceptio non adimpleti contractus* и других возражений был бы вынужден все время быть начеку, отслеживая неосновательное заявление о зачете, чтобы не пропустить возможность заявить о возражении. Уместно сравнить рассматриваемую ситуацию неосновательного зачета с аналогичным необоснованным требованием об исполнении. Не предоставив встречного исполнения, но заявив требование об исполнении другой стороне, такое лицо не представляет угрозы для контрагента, даже если последний не прибегнет к возражению. Легкость совершения односторонней зачетной сделки (в отличие от вчинения иска), при которой воля другой стороны иррелевантна, требует защиты правопорядка интересов адресата зачета, когда такое заявление неосновательно. Аналогичный подход мы наблюдаем в нашем праве при заявлении зачета на основании давнего требования — в суде возражение о давности необходимо для отклонения иска, а вне суда подобный зачет не достигает цели и без возражения.

Еще один случай, когда все традиционные позитивные предпосылки для зачета налицо, но зачет недоступен, можно обнаружить при частном моратории, возникающем в факультативной концепции отступного. Ожидающий *facultas* кредитор не вправе потребовать первоначального исполнения, а потому не вправе заявить о зачете по первоначальному обязательству, которое ожидает прекращения отступным.

Другой случай — арест требования<sup>21</sup>. Поскольку он применяется в интересах защиты третьих лиц, зачет недопустим при аресте как активного, так и (или) пассивного требования. Сюда же относится невозможность заявления заемщиком о зачете по его требованию выдать кредит (подробнее см. комментарий «е» к п. 18 постановления), равно как по соответствующему натуральному требованию, возникшему из игры или пари. Во всех этих случаях закон буквально не запрещает зачет, но это выводится из его смысла, а также из теоретического представления, что заявление о зачете по существу представляет собой не только прекращение собственного обязательства заявителя о зачете, но и *de facto* принудительное истребование исполнения от адресата зачета.

Получается, что когда закон говорит о такой предпосылке зачета, как наступление срока, он не вполне точен, ибо надо вести речь об осуществимости требования. Пленум же этого аспекта не касается, а держится терминологии закона.

Помимо соблюдения позитивных предпосылок, для зачета необходимо также отсутствие негативных предпосылок. Негативные условия тривиальны — зачет доступен, если он не запрещен (1) законом или (2) договором.

---

<sup>21</sup> «Арест денежных средств на банковских счетах должника означает запрет их списания в пределах суммы, указанной в исполнительном документе, а также запрет банку (кредитной организации) заявлять о зачете своего требования к должнику, являющемуся его клиентом...» (п. 45 постановления № 50).



- (г) Пленум считает, что рассмотренные позитивные условия *должны существовать* на момент совершения стороной заявления о зачете. Это утверждение требует как минимум двух уточнений. Во-первых, если под совершением стороной заявления о зачете понимать направление такого заявления компенсантом, то оно неверно. Соблюдение этих условий по общему правилу требуется для ремиссионного эффекта, который задействуется в момент получения заявления компенсатом. Если заявление о зачете направлено до наступления срока исполнения обязательства, но получено по наступлении срока, то с очевидностью никаких препятствий для зачета нет. Тот факт, что, «находясь в пути», право не было перфектным, но созрело к моменту поступления, зачету не препятствует. Во-вторых, досрочное направление заявления допускается самим Пленумом (см. п. 13), с той оговоркой, что правопрекращающий эффект может возникать по наступлении срока. Иными словами, по указанным причинам компенсант может направить (совершить) заявление о зачете и до наступления срока, т.е. одно из условий (зрелость) на этот момент не существует, но это может и не помешать зачету. Таким образом, точнее было бы сказать, что зачет по общему правилу не влечет ремиссионного эффекта, пока не соблюдены все три условия.

В качестве примера, который, видимо, должен проиллюстрировать соблюдение необходимых условий к моменту совершения зачета, Пленум приводит случай, когда в момент возникновения требования не являются однородными, однако впоследствии становятся таковыми. Первоначально требования соотносятся как притязание на передачу вещи и возврат суммы займа, которые, конечно, неоднородны. Однако впоследствии они соотносятся как требование о возмещении убытков за нарушение обязанности по передаче вещи и требование о возврате суммы займа, которые оказываются однородными. То, что первая пара требований неоднородна, а вторая однородна, понятно, если оставить в стороне известное осложнение зачета требования об убытках, размер которого зачастую обладает неопределенностью (об этом см. ниже).

Приведенный пример представляет интерес не столько свойством однородности, сколько просматривающимся тезисом о том, что первоначальное требование о возврате вещи (неденежное) *трансформируется* в требование о возмещении убытков за нарушение обязанности по передаче вещи. В чем именно заключаются эти убытки, в примере не уточняется. Однако в любом случае можно поставить под сомнение, что требование о передаче вещи трансформируется в требование об убытках, преобразуясь тем самым из неоднородного в однородное. Представляется, что это разные требования: неисполнение обязанности по передаче вещи влечет возникновение правоохранительного обязательства возместить убытки. Обязательство по передаче вещи — регулятивное, а обязательство по возмещению убытков — охранительное. Это отдельные требования. Поэтому зачет если и возможен, то вовсе не потому, что изначально требования были неоднородными, а затем стали однородными. Просто кредитору стало доступно другое требование — о возмещении убытков, которое, будучи выраженным в деньгах, однородно требованию о возврате денежного займа. Таким образом, пример не достигает цели и, возможно, не может ее достичь в принципе, по крайней мере в качестве общего правила, ибо эффекты превращения обязательства одного вида в другое в методологии обязательственного права широко не представлены. Известен другой феномен: прекращение обязательства одного вида и возникновение вместо него обязательства

другого вида, например при новации. Трансформация обязательства вообще, быть может, представляет интерес для объяснения определенных правовых явлений (скажем, требование о возмещении стоимости вещи при реституции), однако пока не имеет развернутого обоснования в теории обязательственного права, а также широкого прикладного значения. Особый случай, правда, не в контексте однородности, а в контексте зачетоспособности можно обнаружить при восстановлении исковой давности (см. комментарий к п. 18), но и там о трансформации можно говорить лишь условно.

- (д) Данное разъяснение и в особенности его соотношение с разъяснением п. 13, допускающим досрочное заявление о зачете, ставит более общий теоретический вопрос: возможно ли сделать заранее заявление о зачете, которое приведет к зачету при наступлении соответствующих условий? Такое допущение как будто вступает в противоречие с распорядительным характером сделки зачета. Если все предпосылки зачета не соблюдены, то у заявителя зачета еще нет распорядительной власти, его преобразовательное право на зачет не созрело (если срок по требованию не наступил) или вовсе не возникло (если нет встречности и однородности). В теории гражданского права распространено мнение, что, за некоторыми исключениями, распорядительную сделку нельзя поставить под условие или назначить в ней срок. Зачетная сделка якобы не подпадает под исключения. Однако в отношении досрочного заявления о зачете Пленум уже сделал исключение. Возможны ли исключения и для других двух условий, когда заявление о зачете делается ввиду ожидания их соблюдения (предзачет)?

Гипотетически их можно помыслить. Например, будущий цессионарий, имеющий долг перед контрагентом (должником цедента), совершает заявление о зачете в ожидании цессии. Естественно, такое заявление, будучи полученным последним, не влечет ремиссионного эффекта. Однако после совершения цессии и надлежащего уведомления о ней должника условие о встречности оказывается соблюденным.

Сложнее обстоит дело с однородностью, однако и здесь, пусть и весьма отвлеченное, моделирование искомой ситуации возможно. Допустим, должник, находящийся в переговорах о новации неденежного обязательства в денежное, являясь одновременно кредитором по созревшему денежному требованию к другой стороне, делает заявление о зачете в надежде на успех в переговорах. Если новация состоится, все три условия, необходимые для зачета, окажутся соблюденными. Эти соображения для современных воззрений в юриспруденции не характерны, а потому их практическое применение весьма рискованно.

Стоит ли допускать такие варианты предзачета? В упомянутом ВС РФ случае незрелости требования право на зачет как будто уже есть, ибо срок, в отличие от условия, наступает всегда, иначе это не срок (хотя есть исключения, см. об этом ниже). Но при отсутствии встречности и однородности следует говорить об отсутствии самого права на зачет, поэтому зачетная сделка не имеет опоры в субъективном праве зачета, а значит, она невозможна. Правда, все эти рассуждения о невозможности преобразовательного эффекта зачета до возникновения самого права на зачет разбиваются допустимостью уступки будущего права. Имеется ли у оборота действительная потребность в совершении такого предзачета, с достовер-

ностью неизвестно, поскольку широкого распространения названных феноменов не наблюдается, а в коммерческой практике и не могло наблюдаться, ибо почти двадцать последних лет досрочное заявление считалось недопустимым. Дискуссионность допустимости предзачета не вызывает сомнений. Практика применения досрочного зачета, если таковая появится, может показать вредность или полезность этого направления.

**11. Соблюдение критерия встречности требований для зачета согласно статье 410 ГК РФ предполагает, что кредитор по активному требованию является должником по требованию, против которого зачитывается активное требование (далее — пассивное требование). В случаях, предусмотренных законом или договором, зачетом могут быть прекращены требования, не являющиеся встречными, например, согласно положениям пункта 4 статьи 313 ГК РФ.**

### Комментарий

- (а) В комментируемом пункте завершается формирование логической пары: активное и пассивное требования. Само описание встречности констатирует типичное состояние отношений: каждая из сторон является одновременно и должником, и кредитором другой стороны (*concursum debiti et crediti*). В предыдущем пункте уже было сказано, что критерий встречности должен соблюдаться по общему правилу, а значит, имеет исключения. В данном пункте Пленум, избегая упоминания классического исключения из правила о встречности, специально урегулированного в ст. 412 ГК (зачет при уступке требования), обращается в качестве примера к особому правилу исполнения обязательства третьим лицом. Оно является новеллой гражданского законодательства и сводится к тому, что в тех случаях, когда в соответствии со ст. 313 ГК допускается исполнение обязательства третьим лицом, последнее вправе произвести зачет с соблюдением правил, установленных ГК для должника. Речь здесь можно вести о двух ситуациях.

Первая сводится к тому, что должник по обязательству возлагает свое исполнение на третье лицо. Последнее, находясь в тех или иных собственных правоотношениях с кредитором, имеет к нему однородное требование. Не будь специального правила, такое третье лицо должно было бы вследствие принятия возложения произвести исполнение кредитору и по своему праву к кредитору потребовать в совпадающей сумме исполненное обратно. Как уже указывалось, последнее нецелесообразно. Поэтому, несмотря на отсутствие встречности (третье лицо не является должником кредитора), правопорядок предоставляет третьему лицу секундарное (преобразовательное) право на зачет. Вместо того чтобы производить реальное, но бессмысленное исполнение, такое третье лицо может просто заявить кредитору о зачете своего требования к нему против его требования к должнику. Если взять наиболее распространенный случай возложения — переадресацию исполнения (когда должник кредитора является кредитором третьего лица), то одним юридическим актом (зачетом) прекращаются три обязательства: 1) обязательство третьего лица перед должником; 2) обязательство кредитора перед третьим лицом; 3) обязательство должника перед кредитором. Все это напоминает остатки древнеримской делегации, которую в упрощенном виде можно свести к формуле приказа

должника третьему лицу: «Плати не мне, а моему кредитору». Никакого приказа в силу принципа автономии тут, конечно, нет, ибо *par in parem non habet imperium*. В действительности мы здесь имеем дело с непоименованным в гражданском законодательстве договором о переадресации исполнения.

Вторая ситуация сводится к правомерному вторжению третьего лица в чужое обязательственное правоотношение, когда такое третье лицо, имея законный интерес, вправе исполнить обязательство должника по собственному побуждению (*proprio motu*). Никакого возложения здесь не происходит, а третье лицо действует собственной волей и в своем интересе. Имея однородное требование к кредитору вместо производства исполнения за должника в его адрес, третье лицо заявляет о зачете своего требования к нему против требования кредитора к должнику. Однако последствия такого зачета в этой ситуации отличаются от описанной выше (с возложением). Обязательство кредитора перед третьим лицом прекращается зачетом, а требование кредитора к должнику не прекращается (асимметричный зачет), поскольку в силу суброгации переходит к третьему лицу. Происходит перемена лица в обязательстве на основании закона (зачет с суброгацией, так же как и платеж с суброгацией). Получается, здесь можно наблюдать атипичный зачет, при котором прекращается только одно обязательство. Его можно также поименовать несовершенным зачетом (*compensatio imperfectum*). Более того, наверное, есть основание рассуждать о том, что это вовсе не зачет, ибо, по существу, происходит своего рода принудительный выкуп требования кредитора к должнику в обмен на прекращение долга кредитора перед третьим лицом.

Правопорядок нуждается в таком искусственном приеме для того, чтобы защитить интересы всех трех сторон и привести их правоотношения в сбалансированное экономическое состояние. Интерес кредитора оказывается удовлетворенным, он более не имеет требования к должнику, но освобождается от такого же по размеру долга перед третьим лицом. Третье лицо удовлетворяет свой законный интерес за свой счет, получая взамен требование к должнику. Положение должника остается практически неизменным, поскольку он остается должным ровно такую же сумму, как и ранее, но в пользу другого лица — суброгационного кредитора (третьего лица).

Несовершенный зачет характерен еще и тем обстоятельством, что для третьего лица могут возникать осложнения с получением уведомления должника о переходе права. Дело в том, что должник не обязан вникать в возможные хитросплетения отношений третьего лица и кредитора, чтобы определить, состоялся ли зачет, является ли он действительным и в каком объеме, — при перемене кредитора в обязательстве он исполняет «против уведомления». Третье лицо, заявив о зачете кредитору, может и не добиться получения у последнего уведомления о перемене лица в обязательстве. В этом случае должник может правомерно произвести исполнение кредитору<sup>22</sup>, т.е. ненадлежащему лицу (исключение из правил ст. 312 ГК), а третье

<sup>22</sup> Если уведомление об уступке направлено должнику новым кредитором, то должник согласно абз. 2 п. 1 ст. 385 ГК РФ вправе не исполнять ему обязательство до получения подтверждения от первоначального кредитора. При непредставлении такого подтверждения в течение разумного срока должник вправе исполнить обязательство первоначальному кредитору (п. 20 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки»).

лицо вернется к тому, с чего начало, только с еще большим риском — не получить по кондикции ничего вследствие банкротства кредитора. Поэтому *compensatio imperfectum* не только нетипичен, но и более рискован. Впрочем, в этом аспекте не менее рискован и сам платеж третьего лица кредитору. Этот риск предопределен нашим подходом к уведомлению должника при перемене лиц в обязательстве. Из принципа добросовестности можно извлечь эвентуальную обязанность прежнего кредитора перед суброгационным кредитором уведомить должника о состоявшемся переходе права, неисполнение которой повлечет обязанность возместить убытки, но снять указанный риск это не поможет.

- (б) Текст комментируемого положения вызывает ряд вопросов, требующих прояснения. Во-первых, не вполне понятным является тот случай, который имеется в виду, когда Пленум говорит о возможности исключения из критерия встречности не только законом, но и договором. Возможно, здесь предполагаются специфические соглашения группы лиц. Например, несколько лиц, находясь в постоянных хозяйственных отношениях, периодически оказываются в такой юридической связи, когда одно лицо становится должным другому, это другое третьему, а последнее первому (закольцованность требований). Если они договорятся о круговом зачете, то может возникнуть ситуация, когда допускается зачет третьего лица против первого, несмотря на отсутствие встречности. В результате такого зачета в совпадающих суммах произойдет прекращение трех обязательств между всеми участниками. Схожего результата можно достичь и другими юридическими средствами, например уступкой права для целей образования встречности (уступка под зачет).

Во-вторых, применительно к зачету третьего лица на основании п. 4 ст. 313 ГК можно озадачиться вопросом о ретроактивности зачета (подробнее о концепции ретроактивности зачета см. комментарий к п. 15). Поскольку зачет производится без встречности, возможно, есть все основания для такого специфического случая отказаться от ретроактивности, как это сделано для той ситуации, когда образование встречности является последним по времени элементом формирования трех необходимых условий для зачета (см. комментарий к п. 15).

Еще один вопрос, который может представлять интерес в связи с зачетом третьего лица против кредитора, возникает в процессуальном аспекте. Как следует определять процессуальную позицию третьего лица, когда кредитором предъявлен иск к должнику? Видимо, эта процессуальная позиция обусловлена наличием или отсутствием возложения. В тех случаях, когда исполнение было возложено должником на третье лицо, последнее вправе заявить о зачете кредитору, вступив в дело на стороне должника в качестве третьего лица. Если обоснованность зачета будет доказана, в иске к должнику следует отказать. Тогда, когда третье лицо вправе произвести исполнение без возложения, оно заявляет об этом кредитору и обращается в суд с ходатайством о процессуальной замене истца на основании суброгации в материальном правоотношении. Если обоснованность зачета и состоявшейся суброгации будут доказаны, должна быть произведена процессуальная замена.

- (в) Помимо уже упоминавшейся ст. 412 ГК, исключение из принципа встречности обнаруживается в отношениях по страхованию. Страховщик имеет право зачесть против требования выгодоприобретателя о выплате страхового возмещения свое

требование к страхователю об уплате страхового вноса (п. 4 ст. 954 ГК). Однако здесь не возникает тех своеобразных последствий атипичного зачета. Прекращаются два обязательства, а не одно: обязательство страховщика перед выгодоприобретателем и обязательство страхователя перед страховщиком.

- (г) Хотя Пленум не дает разъяснений об особенностях зачета на основании ст. 412 ГК в комментируемом постановлении, надо принимать во внимание существенное изменение практики толкования данной статьи, которая подвергнута редукции в другом постановлении. Как известно, право на зачет является благом, которого нельзя произвольно лишить. Не меньшим благом является право кредитора уступить свое требование к должнику по общему правилу без согласия последнего. При перемене лица в обязательстве встречность утрачивается, а значит, зачет был бы недоступен. Чтобы сохранить зачет и одновременно возможность уступки требования, законодатель идет на компромисс, устанавливая специальное регулирование, которое в исключение из общего правила допускает зачет при отсутствии встречности. В случае уступки требования должник вправе зачесть против требования нового кредитора свое встречное требование к первоначальному кредитору (цеденту). Зачет производится, если требование *возникло* по основанию, существовавшему *к моменту получения должником уведомления* об уступке требования, *и срок требования наступил до его получения* либо этот срок не указан или определен моментом востребования (ст. 412 ГК). Как видно, зачет ограничен двумя условиями — он допускается, если к моменту получения должником уведомления об уступке имеется одновременно два факта: 1) встречное требование возникло до получения этого уведомления; 2) срок по нему наступил к этому моменту.

Не трудно заметить, что право должника на зачет при таком подходе ограничивается. Если у него имелось встречное требование к кредитору (цеденту) к моменту получения уведомления об уступке, но оно еще не созрело, то его расчет на зачет в будущем по наступлении срока оказывается неоправданным, ибо зачет пресекается уведомлением об уступке. Созревание встречного требования после получения названного уведомления по букве закона права на зачет не дает. Оправдание такому ограничению можно увидеть в стремлении правопорядка поддержать оборот требований. Если бы цессионарий опасался заявления ему зачета по какому угодно встречному требованию должника к цеденту, потребовалось бы понести слишком большие издержки и риски, изучив все возможные встречные требования, срок по которым гипотетически может наступить до того, как цессионарий получит удовлетворение по уступленному ему требованию. Кроме того, это стимулировало бы должника затягивать его удовлетворение, дожидаясь наступления срока по какому-нибудь своему встречному требованию к цеденту, чтобы произвести зачет против цессионария.

Можно было бы предложить улучшить положение должника, но и не подвергать кредитора столь обширному риску зачета, определив, что последующее созревание встречного требования дает право на зачет по нему, но только если оно возникло из того же основания (обычно из того же договора). Тогда издержки и риски цессионария существенно уменьшились бы, а оборот требований был бы менее рискованным. Другим, даже более предпочтительным, подходом мог бы выступить критерий старшинства сроков: если срок встречного требования должника к цеденту наступает ранее, то зачет против цессионария доступен, хотя бы на-

званный срок и наступал после уведомления об уступке. По некоторым данным, в современной мировой экономике оборот требований превысил оборот товаров (вещей) и тенденция к нарастанию сохраняется и даже усиливается. Поэтому задача правопорядка поддержать оборот требований в экономике является весьма актуальной.

Однако Пленум редуцирует ст. 412 ГК ввиду защиты интереса должника более существенным образом. По смыслу ст. 386, 412 ГК должник имеет право заявить о зачете после получения уведомления об уступке, если его требование возникло по основанию, существовавшему к этому моменту, и срок требования наступил до получения уведомления либо этот срок не указан или определен моментом востребования; если же требование должника к первоначальному кредитору возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, однако срок этого требования еще не наступил, оно может быть предъявлено должником к зачету против требования нового кредитора лишь *после наступления такого срока* (ст. 386 ГК РФ)<sup>23</sup>. Отсюда вывод: цессионарию следует проанализировать все возможные встречные требования должника к cedentu, сроки исполнения по которым могут наступить до предполагаемого момента удовлетворения должником уступленного требования. В противном случае он рискует получить заявление о зачете, а далее искать защиты своих интересов по ст. 390 ГК в отношениях с cedentом. Задача более эффективной защиты права должника на зачет достигнута, но как это повлияет на оборот требований в экономике, покажет будущее. Но уже сейчас понятно: российское право совсем не дружелюбно к обороту требований.

**12. В целях применения статьи 410 ГК РФ предметы активного и пассивного требований должны быть однородны, то есть стороны после осуществления зачета должны оказаться в том же положении, как если бы оба обязательства были прекращены исполнением. Статья 410 ГК РФ допускает в том числе зачет активного и пассивного требований, которые возникли из разных оснований. Критерий однородности соблюдается при зачете требования по уплате основного долга (например, покупной цены по договору купли-продажи) на требование об уплате неустойки, процентов или о возмещении убытков (например, в связи с просрочкой выполнения работ по договору подряда).**

## Комментарий

- (а) В теории обязательственного права зачет принято рассматривать в качестве квазиисполнения (суррогата исполнения). Это объясняется тем обстоятельством, что в результате зачета стороны оказываются в том положении, как если бы оба обязательства были реально исполнены. Свойством квазиисполнения (как бы исполнения) обладают также новация и отступное. Реальное, запрограммированное условиями обязательства исполнение не производится, но соответствующая сторона (а в зачете обе стороны) экономически получает некое благо. При зачете

<sup>23</sup> См.: п. 24 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки».

вследствие однородности это благо точно такое, какое и подлежало получению, однако оно попадает к своему обладателю не в реальном виде, а в стоимостном. Имущественная масса каждой стороны освобождается от лежащего на ней бремени обязательства (некоторого минуса) и одновременно прирастает точно таким же благом (некоторым плюсом). Заявляя о зачете, лицо эвентуально истребует исполнение с адресата зачета и производит ему свое исполнение. В силу однородности приравнивание благ оказывается делом весьма простым, арифметическим. Зачет привлекателен тем, что позволяет как бы исполнить свое обязательство, избежав риска не получить исполнение от контрагента.

Первое предложение комментируемого пункта усматривает логическую связь между однородностью и феноменом квазиисполнения. Может создаваться впечатление, что соблюдение критерия однородности подтверждается тем, что в результате зачета стороны оказываются в том же положении, как если бы произошло взаимное исполнение. Однако эта логика трудноуловима. Условие однородности выдвигается законодателем для устранения спора о соотношении стоимости благ (в силу принципа номинализма рубль равен рублю, и спорить тут не о чем), т.е. чтобы поставить стороны в равное положение. Здесь нет необходимости оценочно приравнивать стоимости, а потому для прекращения обязательства достаточно и одной воли. Обязательство прекращается предоставлением отступного, при этом ни о какой однородности речи не идет, однако отступное также обоснованно относят к квазиисполнению. Предоставлением отступного обязательство считается исполненным, хотя первоначальная программа обязательства не выполнена, но кредитор согласился принять иное исполнение, чем объясняется прекращение обязательства предоставлением суррогата. То есть и здесь обязательство прекращается как бы исполнением, но никакой связи с однородностью не имеется.

Квазиисполнение можно усмотреть и в том случае, когда стороны заключают соглашение, допускающее одностороннюю сделку зачета по неоднородным встречным требованиям. Предположим, что стороны находятся в таких хозяйственных отношениях, результат которых приводит к постоянному возникновению встречных неоднородных требований, стоимостные показатели которых установлены соглашением или нормативно (тарифы), и при определенных условиях стороны предпочитают, чтобы реальное исполнение обязательства не производилось. Если это предусмотрено таким соглашением, то может быть заявлен зачет и обязательства прекратятся, как и при зачете, а стороны окажутся в том же положении, как если бы оба обязательства были прекращены исполнением. Вполне можно помыслить себе такой квазизачет, который на самом деле зачетом не является, но влечет взаимное прекращение обязательства. Такая же история будет зафиксирована, когда по встречным неоднородным требованиям одна из сторон заявит о «зачете», а другая ответит согласием. Здесь получится договор о взаимном прекращении встречных обязательств.

Каждое из двух названных утверждений (однородность и эффект исполнения) первого предложения комментируемого пункта, взятое отдельно, верно, но они не находятся в жесткой логической связи друг с другом. Одно (как бы исполнение) не вытекает из другого (однородность), и наоборот. Никакого силлогизма тут нет, поэтому данное разъяснение оказывается весьма туманным и способным ввести



в заблуждение, которого, как показано выше, теория обязательственного права помогает избежать.

С учетом последующего содержания комментируемого пункта, возможно, имелось в виду сказать, что возникновение требований из различных оснований или наличие у них различной правовой природы (долг — ответственность) не означает, что они неоднородны. Зачет допустим, и при его осуществлении стороны оказываются в том же положении, как если бы оба обязательства были прекращены исполнением. Иными словами, данное словоупотребление призвано опровергнуть концепцию «юридической» неоднородности таких требований. Однако увидеть в первом предложении убедительное обоснование для последующих суждений затруднительно. Для того чтобы аргументировать допустимость зачета охранительного требования против регулятивного, необходимо доказать, что права и законные интересы обладателя последнего таким зачетом существенно не затрагиваются. Для объяснения зачета требований, возникших из различных оснований, требуются доказательства того, что права и законные интересы сторон не нарушаются зачетом. Это, скорее, нужно для понимания справедливости зачетоспособности таких обязательств, а не для формально-юридической аргументации избранного толкования закона. Для последнего достаточно, что ст. 410 ГК не ограничивает зачет требований, возникших из разных оснований и при «юридической» разнородности, на что и указано в последующем фрагменте разъяснения.

- (б) Тезис о том, что зачет приводит стороны в такое положение, как если бы оба обязательства были прекращены исполнением, требует небольшого уточнения. В тексте не говорится, о каком исполнении идет речь — надлежащем или ненадлежащем. В силу действия ретроактивности по обязательствам с установленным сроком зачет приводит к тому, что исполнение одной стороны (чье обязательство подлежало исполнению позднее) всегда будет надлежащим, тогда как исполнение другой стороны всегда будет просроченным (мы не берем столь редчайший случай, когда сроки совпадают, тогда каждое исполнение — надлежащее; также иногда при асимметричной зачетной перфекции ситуация может быть иной). Это уточнение с очевидностью имеет практическое значение, поскольку один из должников всегда будет *in mora* и анализу подлежат условия его ответственности. Что касается другого должника, который тоже мог находиться в просрочке в период между наступлением срока исполнения его обязательства и получением заявления о зачете, то его ответственность за такую просрочку иррелевантна в силу действия ретроактивности. В отношении этой просрочки наступает своеобразная *purgatio mora*. Такая же очистка просрочки наступает и для другой стороны, но только не полная, а с момента наступления срока исполнения по противостоящему обязательству. Допустим, по обязательству заявителя зачета срок исполнения наступает 1 июля, а по обязательству компенсата — 7 октября. На отрезке времени, скажем, с 7 октября по 31 декабря каждая из сторон находится в просрочке. После обратного эффекта состоявшегося зачета просрочка компенсата (с 7 октября по 31 декабря) очищается, а у компенсанта просрочка остается с 1 июля по 7 октября. Получается, что обязательство одного лица прекращено как бы надлежащим исполнением, а другого — ненадлежащим, т.е. с просрочкой.
- (в) Исторически зачет допускался, только если встречные требования возникли из одного и того же основания (*ex eadem causa*), однако это воззрение было оставлено

еще в римском праве. Второе предложение комментируемого пункта закрепляет ранее сложившуюся арбитражную практику<sup>24</sup>. Для зачета необходима однородность обязательственных требований. Последние, как известно, могут возникать из различных юридических оснований: из сделки, включая договор, деликта, неосновательного обогащения, реституции и т.д. Эти основания юридически неоднородны, а точнее, относятся к разным видам оснований возникновения обязательств. Условно можно говорить о юридической разнородности оснований возникновения требований и обязательств.

Должна ли такая разнородность иметь значение для зачета? По общему правилу она иррелевантна, и это объясняется самой механикой зачета. И для компенсанта, и для компенсата чаще всего безразлично, по какому основанию возникло требование, ведь оно направлено на совершение должником определенного действия. Если одно лицо должно совершить в пользу другого лица определенное действие и точно такое же действие должно совершить другое лицо в пользу первого, то принцип экономичности диктует свою логику: зачет этих действий происходит, поскольку они однородны. Их фактическая реализация не имеет рациональности. Почему возникли эти обязанности к действию, уже не важно, право фокусируется на самих действиях и последствиях их совершения. Как уже указывалось, здесь мы наблюдаем своего рода парадокс: будут ли реально совершены действия или обязанности по их совершению будут взаимно прекращены, для результата не имеет значения, поскольку имущественная масса сторон не изменится ни в том, ни в другом случае. Значит, *conditio sine qua non* заключается не в основаниях этих действий, а в самих действиях, которые должны быть однородными.

Но и здесь мы не можем обойтись без исключений. Действия могут быть однородными (например, уплатить деньги), основания — юридически разнородными, однако в изъятие из сказанного выше зачет будет недоступен. Пленум не упоминает об этих исключениях в данном пункте, но они есть. Это касается случаев запрета зачета законом, причем юридическим критерием выступает именно основание возникновения требования. Например, согласно ст. 411 ГК не допускается зачет требований, возникших из деликта, причинившего вред жизни или здоровью; из алиментного обязательства или обязательства пожизненного содержания. Все такие требования могут быть направлены на однородные действия должника (обычно уплатить деньги), но основания их возникновения препятствуют зачету. Разумеется, запрет зачета требований, возникших из различных оснований, может быть установлен договором. Например, договор подряда может предусматривать запрет зачета требований, возникших из деликта против договорных требований.

Здесь уместно также вспомнить еще об одном случае, при котором вследствие нравственных воззрений теория обязательственного права не допускает зачет. Лицо, ответственное за умышленное причинение вреда, не вправе погасить свой деликтный долг имеющимся у него встречным требованием к потерпевшему. Это положение неизвестно позитивному российскому праву, и Пленум его также не затрагивает. Однако, как представляется, принцип добросовестности вполне может быть руководством для обоснования недопущения поощрения таких деликтвен-

<sup>24</sup> См.: п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 29.12.2001 № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований» (далее — письмо № 65).

тов. Умышленно причинивший вред должен реально возместить его, если только потерпевший не согласится на иное, например сам заявит о зачете.

- (г) Исторически считалось, что зачет не должен допускаться, если требование ответчика является спорным и может привести к затягиванию процесса (*Liquidi cum illiquido non fit compensatio*). Отсюда гипотетически можно было вывести юридическую разнородность в дихотомии регулятивных и охранительных отношений. Мы действительно должны разграничивать долг и ответственность. И то и другое суть действия, в том числе выражающиеся в уплате денег, т.е. обязательства. Однако требования совершения таких действий подчинены разному регулированию. Первоначально считалось, что эти требования отличаются по степени их спорности: долг менее спорен, а ответственность более спорна. Отсюда и прежняя арбитражная практика, которая, например, не допускала зачета уплаты цены требованием о неустойке<sup>25</sup>. В части процентов за пользование чужими денежными средствами и неустойки данная практика была пересмотрена еще ранее<sup>26</sup>, и Пленум закрепляет этот подход. Требования об уплате процентов за пользование чужими денежными средствами и неустойки могут быть зачтены против требования об уплате долга. Степень спорности этих притязаний может быть совершенно разной, размер и основание неустойки могут оказаться менее спорными, а наличие долга или его размер может обладать весьма высокой степенью спорности. Два противостоящих долга могут иметь разную спорность. Все может быть спорным.

Что же касается требования о возмещении убытков, которое согласно комментируемому разъяснению также зачетоспособно против обычного денежного долга, то широкой практики применения этого феномена не наблюдалось. Здесь можно усмотреть некоторое различие: определение размера неустойки или охранительных процентов подчинено определенным арифметическим правилам, а потому их относительно точно можно подсчитать. Размер убытков, напротив, обычно весьма оценочен, а в некоторых случаях и вовсе не может быть установлен с разумной степенью достоверности. Зачастую о размере своего права на возмещение убытков, равно как и обязанности, стороны узнают только в суде. В таких случаях допущение зачета требования о возмещении убытков с неизбежностью повышает степень неопределенности результата зачета. Впрочем, с учетом феномена широкого снижения несоразмерных притязаний, в основном в отношении неустойки, энтропия увеличилась ранее (когда практика допустила ее зачет против долга), а теперь только усилился (когда становится возможным также и зачет убытков против долга).

Допустимость зачета требования об убытках не должна влиять на бремя доказывания их размера. Дело в том, что, заявляя о таком зачете, компенсат перемещается на позицию ответчика, тогда как притязание на получение убытков отводило ему место истца. Иными словами, если бы кредитор был вынужден защищать свое право на возмещение убытков в суде, он должен был вынести соответствующее бремя доказывания, например по размеру убытков, который он должен обосновать в состязательном процессе. Когда такой кредитор заявляет о зачете, а другая сторона (компенсат) не согласна с размером убытков, она вынуждена искать в суде

<sup>25</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 03.09.1996 № 779/96.

<sup>26</sup> См.: постановления Президиума ВАС РФ от 07.02.2012 № 12990/11, от 10.07.2012 № 2241/12; СКЭС ВС РФ от 25.09.2015 № 307-ЭС15-6545.

защиты своего встречного требования и по общему правилу нести *onus probandi* своего притязания. В этом случае ответчик продолжает нести бремя доказывания размера своего притязания по возмещению убытков, поскольку на этом будет основываться его эксцепция о состоявшемся зачете.

- (д) Внесудебный зачет охранительного требования против требования о долге в силу названных выше причин ставит ряд практических и доктринальных вопросов, требующих рассмотрения. Прежде всего необходимо разобрать структуру притязаний и ее изменение в связи с зачетом.

Начнем с неустойки. Допустим, что требование о явно несоразмерной неустойке зачитывается компенсантом против требования об уплате цены (долга). Причем тут надо отметить, что если активным требованием окажется требование об уплате долга, проблемы не возникает, ведь заявление о зачете против неустойки означает признание своего долга по уплате неустойки заявителем зачета, следовательно, тем самым он соглашается с размером неустойки, как будто бы он ее добровольно уплатил.

Итак, о зачете неустоечного требования заявлено. Позднее в суде доказано, что неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства и уменьшена, например, наполовину. Представим для простоты, что номинал неустойки равен всему долгу. Что означает для структуры обязательственных отношений уменьшение судом неустойки? На первый взгляд можно рассуждать так: кредитор имеет право только на получение соразмерной неустойки; следовательно, зачет заявлен кредитором на основании субъективного права, вдвое меньшего по размеру. Иными словами, в отношении несоразмерной части у кредитора никогда не было субъективного права. Поэтому в этой части зачет не состоялся (сделка зачета ничтожна в этой части в силу ст. 180 ГК) и заявитель зачета по своему обязательству перед адресатом зачета находится в просрочке — половина цены не уплачена в нарушение условий обязательства со всеми вытекающими отсюда последствиями. Получается, что ремиссионный эффект зачета не возымел действия в отношении половины неустойки, а суд лишь подтвердил этот факт, поскольку явная несоразмерность неустойки доказана (правоотрицающая концепция уменьшения неустойки).

Однако этот подход может быть подвергнут доктринальной критике. Размер неустойки согласован сторонами (или установлен законом). Ввиду нарушения обязательства должником он обязан к уплате установленной неустойки, причем именно в том размере, в каком она установлена. Кредитор имеет полное и зрелое субъективное право на получение этой неустойки с момента перфекции его неустоечного требования. Снижение неустойки судом есть *ex post* контроль суда за справедливостью ответственности, который представляет собой не что иное, как законное вторжение суда в условие обязательства о неустойке и отступление от принципа свободы договора, если неустойка договорная.

Если бы применялась правоотрицающая концепция, то при наличии в деле доказательств явной несоразмерности неустойка во всех случаях подлежала уменьшению и без ходатайства соответствующей стороны, но это не так. Также если бы у кредитора не было субъективного права, то добровольно уплаченная явно несоразмерная неустойка подлежала бы обратному взысканию в соответствующей части как неосновательно уплаченная, но это не допускается в судебной практике.

Уменьшение явно несоразмерной неустойки — это освобождение судом от ответственности, а не отказ в иске по причине отсутствия ответственности. Поэтому решение суда об уменьшении неустойки имеет преобразовательный эффект, причем без ретроактивности (преобразовательная концепция уменьшения неустойки). В связи с этим просрочка компенсанта по уплате цены наступает с момента уменьшения судом неустойки, а не с момента наступления срока исполнения обязательства по уплате цены. С учетом достаточной спекулятивности вопроса о несоразмерности неустойки и широкого применения ст. 333 ГК российскими судами, наверное, этот подход кажется более или менее рациональным.

Особняком, быть может, стоит поставить те случаи, когда несоразмерность неустойки не только явная, но вопиюще очевидная. Здесь с учетом принципа добросовестности возможно применение первого подхода (правоотрицающей концепции). Кажется, в этом суждении можно усмотреть некоторое противоречие: кредитор по требованию о неустойке должен знать о том, что она явно несоразмерна, а потому его действие можно рассматривать как упречное — он желает получить недолжное. Однако подтверждают ли эмпирические данные, что случаи уменьшения судами неустойки почти всегда касаются именно *явной* несоразмерности неустойки? Представляется, что доминирующая судебная практика уменьшения неустойки базируется на де-факто редуцированном тексте ст. 333 ГК в отношении предиката явности (как будто там нет этого слова). Судьи уменьшают просто несоразмерную неустойку, исходя из своего чувства справедливости или полагая, что риск отмены решения об уменьшении неустойки ниже, чем взыскание ее в установленном размере. Этим в том числе объясняется столь широкая практика применения указанной нормы, которая не является единообразной и очень спекулятивна. Неустойка подлежит уменьшению, если почти каждый судья признал бы ее размер очевидно несправедливым, тогда только и можно говорить о *явной* несоразмерности. В условиях, когда при схожих обстоятельствах один судья уменьшает неустойку, а другой — нет, ни о какой явности ее несоразмерности говорить не приходится.

В судебной практике установлено, что в случае списания по требованию кредитора неустойки со счета должника (п. 2 ст. 847 ГК), *а равно зачета суммы неустойки в счет суммы основного долга и/или процентов*, должник вправе ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений ст. 333 ГК, например путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (ст. 1102 ГК)<sup>27</sup>. Надо констатировать, что приравнивание зачета неустойки к ее списанию с банковского счета не имеет под собой оснований, поскольку это различные правовые явления, влекущие не тождественные правовые результаты. Не трудно заметить, что пассаж про зачет механически имплементирован в текст, ранее содержащийся в разъяснениях для арбитражной практики, в которых речь шла только о списании денежных средств, а не о зачете<sup>28</sup>. Вместе с тем защита должника по

<sup>27</sup> См.: п. 79 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее — постановление № 7).

<sup>28</sup> Списание по требованию кредитора неустойки со счета должника (п. 2 ст. 847 ГК РФ) не лишает должника права ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений ст. 333 Кодекса, например путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (ст. 1102 ГК РФ) (п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»).

неустойке кондикционным иском приводится в тексте разъяснения в качестве примера, который как будто относится только к списанию. Поэтому правильное применение данного разъяснения с догматической и теоретической точек зрения должно сводиться к следующему. Если явно несоразмерная неустойка списана с банковского счета должника, то у кредитора возникает неосновательное обогащение с момента уменьшения судом размера неустойки. Право обязанного к уплате неустойки должника защищается кондикционным иском. Но если явно несоразмерная неустойка зачтена против долга, то интерес обязанного к уплате неустойки лица защищен тем, что заявитель зачета считается находящимся в просрочке в отношении соответствующей части своего долга (равной размеру уменьшения неустойки) с момента уменьшения судом неустойки. Здесь никакого неосновательного обогащения не возникает, поскольку отношения сторон обнимаются тем обязательством, в рамках которого они состояли (чаще всего договорным правоотношением).

Теперь следует рассмотреть вопрос о том, в рамках какого спора подлежат защите интересы должника по неустойке. Следует ли ему предъявлять самостоятельный иск о признании неустойки явно несоразмерной или он вправе вчинить иск о взыскании соответствующей части долга? Принцип процессуальной экономии подталкивает нас ко второму варианту. Кредитор по пассивному требованию вправе предъявить иск должнику (компенсantu), доказывая явную несоразмерность неустойки. При доказанности этих обстоятельств суд взыскивает соответствующую часть долга. Следовательно, признание зачета недействительной сделкой по мотиву явной несоразмерности неустойки, равно как предъявление кондикционного иска, не имеют под собой оснований, являясь ненадлежащими способами защиты законного интереса.

Конечно, преобразовательная концепция также не лишена недостатков, ибо в течение всего времени до уменьшения судом неустойки заявитель зачета считается не имеющим долга и не находящимся в просрочке, но затем этот долг в соответствующей части как бы опять возникает и начинается просрочка. Это может негативно воздействовать на лиц, предоставивших обеспечение, приводить к осложнениям в технических аспектах исполнения обязательства после его восстановления. Поэтому с практической точки зрения можно считать, что лицо, заявляющее о зачете на основании своего требования о неустойке, принимает на себя юридические риски последующего снижения неустойки. Суды вполне могут склониться к правоотрицающей концепции снижения неустойки в силу ее большей привычности и простоты. Кроме того, эта концепция гармонирует с квалификацией зачета требований о возмещении убытков (см. след. пункт).

- (е) В отношении убытков вряд ли можно сказать, что заявленный к зачету размер убытков отражает действительный объем субъективного гражданского права кредитора. Доказанный впоследствии в суде размер убытков определяет объем названного права, устраняя имманентную неопределенность притязания по возмещению убытков. В отношении недоказанной части убытков у кредитора никогда не было субъективного права (правоотрицающая концепция). Значит, при зачете убытков, определенных впоследствии судом в меньшем размере, против цены компенсанта (заявитель зачета) оказывается в просрочке по уплате цены с момента наступления

установленных сроков обязательства по исполнению данной обязанности. В этом аспекте заявление о зачете на основании правоохранительного притязания о возмещении убытков оказывается для компенсанта делом еще более рискованным, чем зачет неустойки. Впрочем, ошибочное завышение компенсантом суммы основного долга приведет к тем же последствиям.

- (ж) Отдельно нужно поставить случаи, когда компенсат докажет отсутствие права на неустойку или на возмещение убытков. В этой ситуации нельзя признать ремиссионный эффект зачета вовсе, поэтому соответствующий долг подлежит уплате в полном объеме, а просрочка начинается по условиям обязательства.
- (з) Есть и еще один схожий вопрос, который правоохранительных требований не касается, но влечет те же риски признания зачета необоснованным. Речь о таком способе защиты кредитора, как требование о соразмерном уменьшении цены (например, п. 1 ст. 475 ГК). Когда контрагент заявляет о зачете своего требования, а другая сторона имеет право потребовать соразмерного уменьшения цены, также возникает вопрос: с какого момента следует определить просрочку в той части, которая приходится на несоразмерную часть цены? Считается, что требование о соразмерном уменьшении цены не представляет собой требования о возмещении убытков. Это юридическое средство защиты является механизмом стоимостного выравнивания взаимных предоставлений сторон, когда выясняется, что одно из предоставлений оказалось меньшей стоимости, нежели было предусмотрено условиями обязательства. Такое случается, например, при так называемой пересортице, когда вместо товара одного сорта поставляется товар иного, более низкого, сорта. Последний является качественным, но иным, более дешевым. Ясно, что кредитор вправе не принимать такое предоставление, но зачастую он заинтересован и в нем (например, торговая организация постоянно торгует товаром разного сорта, в том числе и тем, который поставлен), поэтому он принимает такой товар, но требует уменьшения несоразмерной цены.

В этом случае подход должен быть аналогичен подходу с убытками. Компенсant (заявитель зачета) оказывается в просрочке не с момента принятия решения суда, постановившего об уменьшении цены или признавшего обоснованность одностороннего заявления о снижении цены, а с момента просрочки по своему долгу в соответствующей части. Эта концепция представляется достаточно справедливой, ведь компенсant осуществил предоставление меньшей ценности, о чем он знал или должен был знать. Следовательно, он не имел права требовать уплаты большего за меньшее, а потому несет риск неблагоприятных последствий своего неосновательного притязания, совершенного в виде зачета.

- (и) Разъяснение не упоминает о еще двух требованиях, размер которых может быть изменен (уменьшен) судом вопреки тому, что установлено обязательством. Это касается требования о плате за односторонний отказ или изменение обязательства, а также требования по односторонне измененному обязательству.

Судебная практика исходит из того, что суд вправе полностью или частично признать сделку по одностороннему изменению обязательства ничтожной (ст. 10, 168 ГК), а во взыскании платы за отказ от исполнения обязательства отказать полно-

стью или частично на основании ст. 10 ГК<sup>29</sup>. Основанием лишения кредитора его субъективного права (полностью или в части) по большому счету также является аномальная деформация соразмерности притязания. Что если управомоченная на зачет сторона заявит о зачете своего обязательства встречным требованием по указанным выше двум основаниям? Казалось бы, подход здесь должен быть аналогичным подходу с неустойкой (при преобразовательной концепции), однако получается, что это не так. Касательно упречного одностороннего изменения обязательства Пленум говорит, в частности, о ст. 168 ГК, следовательно, действует принцип ретроактивности при недействительности сделок. Такая сделка не влечет правовых последствий с самого начала. Значит, мы должны заключить, что в момент заявления зачета по измененному в противоречие с принципом добросовестности условию обязательства (скажем, в случае увеличения процентов по кредитному договору) зачет производится на основании меньшего по размеру требования. Поэтому если такой зачет был заявлен против обязательства по цене, компенсant оказывается в просрочке с самого начала (правоотрицающая концепция), а не с момента квалификации судом его сделки по изменению обязательства как недействительной.

В отношении снижения платы за односторонний отказ (изменение) от обязательства Пленум о ничтожности сделки не говорит, полагая, что при соответствующих обстоятельствах к требованию об оплате подлежит применению ст. 10 ГК о запрете злоупотребления правом. Здесь можно рассуждать так: коль скоро речь идет о злоупотреблении правом на истребование платы за отказ, то это право изначально является следствием действительного договорного условия (так же, как действительно условие о неустойке), а следовательно, умаление права производится только судом, т.е. применяется преобразовательная концепция.

Насколько оправдан такой дифференцированный подход к лицам, имеющим схожие права? Нет ли здесь противоречия с принципом равенства? Естественно, все эти вопросы актуальны, если признавать преобразовательную концепцию уменьшения явно несоразмерной неустойки и несоразмерной платы по п. 3 ст. 310 ГК.

**13. Для зачета в силу статьи 410 ГК РФ необходимо, чтобы по активному требованию наступил срок исполнения, за исключением случаев, когда такой срок не указан или определен моментом востребования.**

**По смыслу статей 410, 315 ГК РФ для зачета не является необходимым наступление срока исполнения пассивного требования, если оно в соответствии с законом или договором может быть исполнено досрочно.**

**Если лицо получило заявление о зачете от своего контрагента до наступления срока исполнения пассивного требования при отсутствии условий для его досрочного исполнения или до наступления срока исполнения активного требования, то после наступления соответствующих сроков зачет считается состоявшимся в момент, когда обязательства стали способны к зачету, то есть наступили установленные законом условия для зачета. Если на-**

---

<sup>29</sup> См.: п. 14, 16 постановления от 22.11.2016 № 54.



**ступил срок исполнения активного требования, но отсутствуют условия для досрочного исполнения пассивного требования, то должник по активному требованию вправе исполнить свое обязательство.**

## Комментарий

- (а) Общим правилом является заявление компенсантом о зачете, когда его требование становится годным для взыскания (перфекция требования). Коль скоро зачет — суррогат исполнения, то и совершение его возможно тогда, когда кредитор уже вправе получить исполнение, а должник уже обязан к таковому. Обычно в этом случае принято говорить о наступлении срока по обязательству должника.

Срок исполнения по обязательству определяется в соответствии со ст. 314 ГК. Согласно ее п. 1, если обязательство предусматривает или позволяет определить день его исполнения либо период, в течение которого оно должно быть исполнено (в том числе в случае, если этот период исчисляется с момента исполнения обязанностей другой стороной или наступления иных обстоятельств, предусмотренных законом или договором), обязательство подлежит исполнению в этот день или соответственно в любой момент в пределах такого периода.

Перфекция требования кредитора наступает в день исполнения или по окончании периода, в который должник был обязан произвести исполнение. Этот метод определения доступности зачета позволяет более или менее определенно констатировать перфекцию. Сложнее обстоит дело со случаем, когда день исполнения обязательством не предусмотрен, но оно позволяет его определить. Здесь возможны различные договорные условия, и некоторые из них позволяют определить соответствующий день достаточно точно, когда определяющие факторы конкретны и привязаны к событию или факту, идентификация которого во времени не составляет особого труда.

Как показывает судебная практика, общим местом является выведение из обязательства разумного срока его исполнения. Реформа ст. 314 ГК привела к утрате этой категории срока, который использовался для обязательств без определенного срока исполнения (прежняя редакция п. 2 данной статьи), но практика с очевидностью не желает расставаться с разумным сроком. Нормативно обосновать применение разумного срока на основании ст. 314 ГК можно только признанием, что соответствующий день позволяет определить само обязательство. Ясно, что в действительности разумный срок из обязательства вывести сложно. Судьи делают это, исходя из своего понимания стандарта разумности применительно к обстоятельствам конкретного случая или типических случаев. В этом аспекте компенсант подвергается риску неопределенности, поскольку может определить разумный срок неверно. Для снижения этого риска необходимо проанализировать судебную практику по обязательствам в схожих фактических обстоятельствах и определить тот разумный срок, о котором судьи говорят в подобных случаях. Критичность этого риска несколько снижена благодаря допущению Пленумом досрочного заявления о зачете (см. ниже).

По обязательствам, не предусматривающим и не позволяющим определить срок исполнения, а равно по обязательствам до востребования зачетная перфекция

требования от истечения срока исполнения не зависит. Согласно п. 2 ст. 314 ГК в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не предусмотрена законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из обычаев либо существа обязательства. Как видно, Пленум вслед за буквой закона определяет допустимость зачета по таким обязательствам независимо от наступления срока исполнения. Это означает, что для компенсанта нет необходимости сначала предъявить требование об исполнении, выждать истечение льготного периода и лишь затем заявлять о зачете. Ничего этого делать не надо. Последнее объясняется очень просто: должник по названным видам обязательств не нуждается ни в получении требования об исполнении, ни в льготном сроке для подготовки к исполнению, ибо реального исполнения, т.е. совершения соответствующего действия, при зачете не имеет места.

Если зачетоспособность требования по бессрочному обязательству или обязательству до востребования, которым посвящено разъяснение, особых сложностей не вызывает, то обратная ситуация может требовать некоторого размышления. Речь идет о зачете против названного вида требований. Допустим, обязанный по бессрочному обязательству имеет встречное перфектное однородное требование. Заявляя о зачете, всякий компенсанта не только как бы получает исполнение по своему требованию, но и как бы предоставляет исполнение по своему обязательству.

В этом аспекте необходимо подвергнуть анализу общие положения об исполнении бессрочных обязательств. Если должник по бессрочному обязательству или по обязательству до востребования не получает требования об исполнении от кредитора, следует определить модус его действий. Согласно п. 2 ст. 314 ГК при непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не явствует из обычаев либо существа обязательства. При этом судебная практика исходит из того, что при отказе кредитора принять исполнение, в том числе посредством уклонения от принятия, он считается просрочившим (ст. 406)<sup>30</sup>. Отсюда следует, что должник по бессрочному требованию, равно как по обязательству до востребования при отсутствии востребования кредитором, не может произвести ему исполнение до истечения названного разумного срока. Это ясно, поскольку кредитор в силу общего принципа гражданского права осуществляет свои права в своем интересе и лишь прошествие разумного срока открывает для должника, желающего произвести исполнение и освободиться от бремени долга, дорогу для действий, побуждающих кредитора принять исполнение под страхом наступления просрочки кредитора.

Означает ли это, что такой должник не вправе заявить о зачете своего перфектного требования до прошествия разумного срока и до предъявления требования кредитору о принятии исполнения? В поисках ответа на этот вопрос можно было бы

---

<sup>30</sup> См.: п. 24 постановления от 22.11.2016 № 54.

рассуждать следующим образом. При зачете реального исполнения не происходит. У кредитора по рассматриваемым видам обязательств нет законного интереса уклониться от зачета, поскольку он сам уже обязан к исполнению по своему обязательству, а зачет не причиняет ему никаких неудобств, ибо, как уже не раз отмечалось, феномен зачета состоит в том, что имущественные массы сторон при этом в стоимостном выражении не меняются. Ясно, что при таком зачете названный кредитор ни к каким действиям не обязан, так как зачет виртуален, а потому издержек не несет. Тот факт, что он как бы получает исполнение, хотя и не востребовал его, экономических интересов кредитора не затрагивает, ибо он освободился от такого же долга.

Однако возможны и сомнения в таких рассуждениях. Можно допустить, что кредитор по рассматриваемому виду обязательств заинтересован иметь ликвидность в тот момент, который ему необходим в пределах разумного срока. Он рассчитывает достигнуть своего интереса именно востребованием, планируя получить реальное исполнение в определенный момент в будущем, а не в текущий момент. При этом он также вполне может быть готов произвести реальное исполнение по встречному к нему требованию в настоящий момент, не теряя своего встречного требования. Можно заметить, что этот интерес кредитора довольно специфический или даже странный, но достаточно ли этого наблюдения, чтобы лишить кредитора названного интереса, если он не противоречит закону? Если ответить на этот вопрос отрицательно, то придется заключить, что должник по бессрочному обязательству или обязательству до востребования не вправе до истечения разумного срока заявить о зачете, хотя бы его встречное требование и было перфектным. Иными словами, п. 2 ст. 314 ГК должен быть соблюден в части прошествия разумного срока, чтобы открыть зачет для такого должника, а вот требования о принятии кредитором исполнения должник заявлять не обязан, поскольку реальное исполнение при зачете не происходит. К этому надо добавить, что рассмотренная проблематика не только не имеет опоры в судебной практике, но и не обсуждается в нашей литературе вовсе, возможно в силу ее неактуальности.

- (б) Во втором предложении комментируемого пункта в соответствии с теоретическими наработками доктрины обращается внимание на то, что при зачете срок по пассивному требованию может и не наступить, если только оно может быть исполнено (правильнее сказать — удовлетворено<sup>31</sup>) досрочно в соответствии со ст. 315 ГК. Зачет влечет истребование долга компенсатом (заявителем зачета) с одновременным исполнением собственного обязательства перед компенсатом (адресатом зачета). Следовательно, если активное требование уже созрело и может быть предъявлено должнику, а встречное требование еще не созрело, но может быть удовлетворено досрочно, то для зачета нет препятствий.

Согласно ст. 315 ГК должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа. При этом досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, когда возможность исполнить обя-

<sup>31</sup> Исполняются обязательства, а требования удовлетворяются. Такое словоупотребление представляется нам более традиционным и отвечающим смыслу описываемых явлений.

зательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев или существа обязательства. Например, коммерческая организация имеет право требовать оплаты переданного гражданину (покупателю) товара и срок оплаты уже наступил. При этом гражданин предоставил беспроцентный заем коммерческой организации и срок его возврата еще не наступил. Коммерческая организация вправе осуществить зачет, поскольку согласно п. 2 ст. 810 ГК сумма беспроцентного займа по общему правилу может быть возвращена заемщиком досрочно. Ясно, что для компенсата (гражданина) досрочный возврат суммы беспроцентного займа выгоден, поэтому порядок и не противится зачету. Изменим в примере только один элемент: если по договору займа предусмотрена уплата процентов, то зачет окажется невозможным, поскольку досрочный возврат процентного займа допускается только с согласия займодавца. Здесь также ясно, что гражданин (займодавец, компенсат) мог быть заинтересован в получении соответствующих процентов в течение всего срока договора и терять доход для него может быть невыгодно.

- (в) Общая отсылка Пленума к ст. 410 ГК, к сожалению, не дает понимания, истолкована ли тем самым весьма сомнительная новелла ст. 410 ГК или это толкование с ней не связано. Речь идет о новом (втором) предложении данной статьи, согласно которому в случаях, предусмотренных законом, допускается зачет встречного однородного требования, срок которого не наступил. Поскольку это новое положение является следствием так называемой теневой поправки, намерения его разработчиков ускользают от нашего понимания и ознакомиться с ними мы не имеем возможности. Из текста этой новеллы можно сделать вывод, что активное требование может быть зачтено, несмотря на свою незрелость, если это предусматривает закон. Представляется, что такое понимание расходится с теорией обязательственного права. В первом предложении ст. 410 ГК обнаруживается формула: «Я зачитываю свое зрелое требование в счет своего обязательства». Новелла же может быть прочтена так: «Я зачитываю свое незрелое требование в счет своего обязательства». Нельзя без согласия другого лица истребовать с него исполнение, к которому оно еще не обязано (*exceptio dilatoriae*). Можно было бы представить себе договор, в котором лицо согласится на зачет против него незрелого требования, но чтобы к этому его обязал закон, помыслить сложно.

Если же в новелле имелось в виду предусмотреть зачет созревшего требования против незрелого в условиях допустимости досрочного исполнения, то ее следовало бы сформулировать иначе, чтобы она соответствовала смыслу данного Пленумом разъяснения, согласующегося с теорией обязательственного права. Разъяснение Пленума оказывается весьма полезным, поскольку до сих пор в литературе можно встретить ошибочные утверждения о том, что для зачета непременно необходимо наступление срока как по активному, так и по пассивному требованию.

- (г) В первом предложении комментируемого пункта Пленум устанавливает, что для зачета необходимо, чтобы по активному требованию наступил срок исполнения. Если взять это разъяснение отдельно, его можно было бы понимать двояко. Наступление срока является условием, без которого направление заявления о зачете не может привести к ремиссии. Другой его смысл сводится к тому, что срок имеет критическое значение только для того, чтобы зачет состоялся, а сама воля на про-

изводство зачета может быть изъявлена и досрочно. Из последующего изложения следует, что верное его понимание — второе, а не первое. Тем самым Пленум меняет сложившееся в практике арбитражных судов почти двадцать лет назад понимание недопустимости досрочного заявления о зачете<sup>32</sup>.

Здесь уместно прежде всего задаться вопросом: какие соображения могли бы лежать в основе недопустимости досрочного заявления о зачете и что может лежать в основе изменения сложившейся практики?

Вначале нужно заметить, что потребность современного гражданского оборота в досрочном заявлении о зачете едва ли может быть очень острой. Современная система коммуникаций, развитость института представительства, относительная доступность юридических услуг с легкостью позволяет сделать заявление о зачете по наступлении срока, а не заранее. Также надо сказать, что досрочное заявление о зачете не должно давать компенсанту больше прав, чем заявление по перфектному требованию, ибо для этого нет никаких оснований. Несмотря на то, что насущность досрочного заявления о зачете может быть поставлена под сомнение, правопорядок должен иметь ответ на вопрос, как следует урегулировать отношения сторон, если таковое все же случится. Кроме того, допустимость досрочного заявления о зачете снимает риски для тех случаев, когда наступление срока является не явным (например, разумный срок) или заявитель ошибается в том, что срок наступил, тогда как в действительности он наступит позднее.

Недопустимость досрочного заявления (на котором стояла наша прежняя арбитражная практика) догматически, как уже указывалось, может быть обоснована таким толкованием ст. 410 ГК, согласно которому наступление срока является необходимым не для ремиссионного эффекта, а для самого изъявления воли о нем. Однако догматика сама по себе ничего не объясняет. Если прочтение нормы в таком смысле возможно, это еще не означает, что такое прочтение целесообразно для удобного устройства общественных отношений. Доктринальное недопущение односторонних распорядительных сделок с установлением срока, к каковой относится зачет, может быть обосновано создаваемой ими неопределенностью для реципиента изъявленной воли. Однако если вся неопределенность только к тому и сводится, что зачет наступит при наступлении срока, то этот довод не кажется убедительным. В том простом случае, когда в правоотношении с контрагентом компенсант надлежаще исполнил все свои обязанности перед компенсатом (например, товар поставлен и принят покупателем (компенсатом)), наступление ремиссионного эффекта при ординарном развитии событий неизбежно, ибо срок наступает всегда. Есть один убедительный аргумент против досрочного заявления о зачете — усложнение отношений. Досрочное заявление открывает простор для различных вариантов поведения сторон, причем в различных меняющихся обстоятельствах, что увеличивает степень социальной энтропии. Однако этот аргумент восходит к более фундаментальной проблеме, раскрытие которой в комментарии к постановлению Пленума видится неуместным.

Соотношение сроков исполнения, когда по одному из них сделано досрочное заявление о зачете, может давать несколько различных комбинаций, каждая из кото-

---

<sup>32</sup>

См.: п. 18 письма № 65.

рых подлежит разбору. Сразу надо сказать, что доктринально изложенные модели наверняка окажутся дискуссионными и на практике не встречаются, но их логическое и политико-правовое обоснование видится допустимым.

*Первый набор комбинаций.* Ни по одному из встречных однородных требований срок не наступил. Если по активному требованию срок наступает ранее, а по пассивному позднее, то мы имеем две возможные ситуации. Когда пассивное требование может быть удовлетворено досрочно (например, это требование о возврате беспроцентного займа), обязательства считаются прекращенными зачетом в момент наступления срока по активному требованию. Когда пассивное требование не может быть удовлетворено досрочно (например, это требование о возврате процентного займа), то обязательства считаются прекращенными зачетом в момент наступления срока по пассивному требованию.

*Второй набор комбинаций.* Если по пассивному требованию наступил срок исполнения, компенсат вправе потребовать исполнения обязательства, игнорируя досрочное заявление о зачете. Если исполнение так и не будет им получено, то по наступлении срока исполнения по активному требованию обязательства прекратятся зачетом. Если компенсат получит исполнение по своему требованию до наступления срока по активному требованию, последнее не прекратится, поскольку встречность отсутствует, и может быть реализовано в обычном порядке. Компенсат также может не совершать никаких действий, дождавшись наступления срока по активному требованию, которое повлечет зачет.

Пленум отдельно разъясняет ситуацию, когда активное требование уже созрело по сроку, но пассивное требование не может быть удовлетворено досрочно. Например, компенсат имеет созревшее требование по оплате товара, а у компенсата имеется еще не созревшее требование по возврату процентного займа. Последний вправе оплатить товар, а заявление компенсанта о зачете не достигнет цели ввиду утраты встречности. Помимо этого, он, видимо, вправе дать согласие на зачет, так же как он мог бы согласиться на досрочное удовлетворение, и зачет состоится с момента наступления срока по активному требованию. Последнее верно, если признать, что сам факт предъявления требования к зачету свидетельствует о готовности компенсанта вернуть заем досрочно. Кроме того, компенсат хотя и не вправе, но может впасть в просрочку по оплате товара, дождавшись созревания своего требования, после чего запустится ремиссия.

Два последних варианта Пленум не подтверждает, но и не опровергает. Здесь создается фигура умолчания, а Пленум указывает только на то, что при недопустимости досрочного удовлетворения пассивного требования должник по активному требованию вправе исполнить свое обязательство, квалификация самого заявления о зачете не дается. Если должник может проигнорировать такое заявление, означает ли это, что зачет ничтожен? В ответе на этот вопрос нужно отыскать политико-правовые или логические основания ничтожности для каждого из приведенных выше вариантов социального отношения.

Их трудно найти для запрета реализации права компенсата дать согласие на досрочный зачет. Если бы заемщик в нашем модельном примере досрочно возвратил бы сумму процентного займа, то у займодавца в соответствии со ст. 315 ГК имелся

бы выбор: отказаться от досрочного исполнения обязательства и вернуть полученное ненадлежащее исполнение либо согласиться на такое досрочное исполнение и принять его. С зачетом, который представляет собой суррогат исполнения, результат должен быть таким же. Иначе правопорядок произвольно ограничил бы ничему не противоречащие права данных субъектов оборота, воспрепятствовав реализации законных экономических интересов сторон.

Быть может, зачет не должен иметь правовых последствий ввиду отсутствующей воли компенсанта на досрочное исполнение? Однако и здесь ответ должен быть отрицательным. Коль скоро по активному требованию заявлено о зачете, компенсant просто не может иметь какого-либо иного намерения, кроме досрочного возврата займа.

Что касается третьего варианта развития событий, то и его сложно отвергнуть. Если по активному требованию заявлено о зачете, для которого есть юридическое препятствие (недопустимость досрочного исполнения обязанности по пассивному требованию), то заявитель должен об этом знать. Но его воля на зачет проявлена, следовательно, при отпадении юридического препятствия (созревание обязанности по пассивному требованию) зачет может достигнуть цели, которую и преследовал заявитель. Интерес должника по пассивному требованию также не может быть нарушен, ведь если он рассчитывал на реальный возврат займа, то он тут же был бы должен вернуть полученное, поскольку уже обязан по активному требованию. Следовательно, этот интерес не может защищаться, так же как он игнорируется при зачете вообще.

Таким образом, все три варианта доступны. Остается только найти место в системе квалификации юридических фактов для сделки зачета. Получается, что она обладает свойством неопределенности, поскольку зависит от воли другой стороны. В первом варианте (когда обязанность по активному требованию исполняется) сделка отпадает, поскольку оказывается тщетной, а во втором и третьем вариантах достигает цели и влечет последствия, на которые она была направлена. В результате у нас имеется зачет под условием, которое является абсолютно потестативным, поскольку его наступление всецело зависит от воли компенсанта. При этом негативных последствий для интересов сторон не возникает: компенсant сам поставил себя в условия известной инвариантности, сделав заявление о зачете, которого мог бы и не делать; компенсant сам управляет обстоятельствами наступления или ненаступления условия, поскольку оно абсолютно потестативное. Третьи лица также здесь не затрагиваются, так как их эти отношения не касаются, а если и касаются, то они не отличаются от всякой другой подвешенности в условных сделках. Выходит, что представление о недопустимости заявления о зачете под условием можно подвергнуть некоторому сомнению.

- (д) Но нельзя не заметить одной особенности, порождающей сомнения во всей концепции допущения досрочного заявления о зачете и в обосновании, приведенном выше. Из комментируемого разъяснения следует, что досрочное заявление о зачете, когда по встречному незрелому требованию не допускается досрочное исполнение обязательства, является действительной зачетной сделкой, но с отложенным запуском наступления ремиссионного эффекта — по наступлении срока исполнения другого обязательства. Если добавить к данной гипотезе другие эле-

менты (например, аспекты с исковой давностью), можно получить несколько неожиданные результаты.

Структура обязательств в условиях предзачета может сложиться таким образом, что к моменту наступления срока удовлетворения пассивного требования, обязательство по которому не могло быть исполнено досрочно, по активному требованию истечет срок исковой давности. С учетом общего принципа недопустимости зачета заданных требований (см. п. 18) тот факт, что о зачете было заявлено досрочно, ничего менять не должен, ведь в момент наступления симметричной зачетной перфекции отпадает осуществимость активного требования. Ремиссионный эффект не должен состояться, иначе были бы нарушены интересы компенсанта в защите по давности. Но для того чтобы отказать в ремиссионном эффекте, следует квалифицировать заявление о зачете в качестве ничтожной сделки. И тут может показаться, что возникает затруднение: ведь к моменту заявления о зачете оно было беспорочным, ибо исковая давность еще не истекла. Получается, что мы вынуждены признать возникновение ничтожности лишь в тот момент, когда требование компенсанта оказалось пораженным давностью, т.е. после совершения сделки, а не до или в момент ее совершения, что является непреложным правилом учения о недействительности сделки. Но что если в этих же обстоятельствах компенсант сделал заявление не досрочно, а по наступлении срока? Является ли эта сделка ничтожной? Ведь и здесь, коль скоро возможно дожидаться наступления исполнимости по пассивному требованию (запрет досрочного исполнения), может получиться такой же результат с истечением исковой давности к моменту перфекции пассивного требования. Эти соображения делают шаткой всю теорию досрочного заявления о зачете, но, поскольку она уже допущена практически, придется найти адекватные решения, поиск и осмысление которых только начинаются.

Досрочное заявление о зачете может вызывать и другие вопросы, разрешение которых не имеет обоснования ни в доктрине, ни в судебной практике. Например, если компенсант получил досрочное заявление о зачете, его требование к компенсанту этим не прекращается, поскольку срок еще не наступил, однако возникает состояние предзачета. Если он произведет уступку, то может возникнуть вопрос о том, обязан ли уведомленный об уступке компенсант сделать повторное заявление о зачете в адрес цессионария. Из п. 1 ст. 384 ГК следует, что право первоначального кредитора переходит к новому кредитору на тех *условиях*, которые существовали к моменту перехода права. Есть все основания считать, что термин «условия» в данном случае охватывает состояние предзачета. Уступаемое компенсатом требование находится в предзачетном состоянии и в этом состоянии переходит к цессионарию. Предзачетность не утрачивается при переходе права, поскольку цессионарий занимает место cedentа в обязательстве, т.е. является его сингулярным правопреемником. В обязанность cedentа входит предупредить цессионария о состоянии уступаемого требования. Должник вправе информировать цессионария о наличии предзачета, но не обязан делать в его адрес повторное заявление о зачете. По наступлении срока исполнения обязательства cedentа перед должником соответствующие обязательства прекратятся зачетом, причем уступленное право требования сообразно прекратится в лице цессионария.

Неосведомленность цессионария о предзачете не препятствует прекращению обязательства зачетом, а cedent несет ответственность перед цессионарием (п. 1



ст. 390 ГК). Поскольку это воззрение еще не прошло проверку судебной практикой, осмотрительному компенсанту следует сделать повторное заявление о зачете в адрес цессионария, чтобы избежать риска юридической неопределенности. Иная позиция тоже имеет свою аргументацию, которая может основываться на том, что предзачет на само требование не воздействует, а поэтому, будучи уступленным, никаким условиям не подвержено. Другими словами, термин «условия» в п. 1 ст. 384 ГК не охватывает ситуацию, когда к моменту перехода права цеденту досрочно заявлено о зачете.

Также здесь можно принять во внимание необходимость защиты интересов цессионария, когда он вследствие упречных действий цедента не предупрежден о наличии предзачета. Поскольку зачет преобразует право другой стороны, она должна знать об этом обстоятельстве, а потому требуется повторное заявление о зачете в адрес цессионария, который и является стороной зачетной сделки. Этот вывод обоснован без помощи ст. 386 ГК, которая обязывает должника под страхом потери возражений сообщать о возникновении известных ему оснований для возражений новому кредитору<sup>33</sup>. Данная норма вызывает серьезные сомнения в ее конституционности. Уступка потому и допускается без согласия должника, поскольку существенно не затрагивает его интересы. Здесь же возникает риск потери должником возражений против уступленного требования, а также на должника возлагается дополнительная обязанность, которой до уступки не было. Получается, что должник по уступленному праву находится в худшей правовой позиции по сравнению с обычным должником, а это нарушает принцип равенства. Однако пока эта норма не признана неконституционной, она укрепляет позицию в пользу необходимости повторного заявления о зачете в адрес цессионария.

- (e) Допущение досрочного заявления о зачете требует подробнее проанализировать еще один юридический феномен, связанный с динамикой обязательственного отношения, который в аспекте сроков исполнения обязательства не всегда принимается во внимание. Множество зачетов осуществляется по обязательствам, возникающим из консенсуальных договоров. Характерной особенностью для них является то, что обязательство в узком смысле, а следовательно, и требование по нему возникают сразу же, как только договор считается заключенным, причем это требование уже обставлено соответствующими модусами, в том числе по сроку исполнения корреспондирующей ему обязанности.

Приведем простейший пример. По договору купли-продажи предусматривается оплата товара через неделю после поставки (постоплата). Считается, что денежное обязательство уже возникло, требование поставщика об оплате уже существует, но оно незрелое, причем по двум параметрам: 1) товар не поставлен; 2) срок оплаты не наступил. Дальнейшая динамика обязательственного отношения без девиаций от договорной программы предполагает последовательное созревание требования до его полной перфекции: поставка товара, его принятие, наступление срока оплаты. До поставки товара кредитор имеет непокрытое требование, после поставки и принятия товара — покрытое.

<sup>33</sup> Следует ли считать зачет возражением, как это иногда делают в судебной практике (см.: определение СКЭС ВС РФ от 25.09.2015 № 307-ЭС15-6545), в том числе в контексте данной статьи, — отдельный вопрос, который требует дополнительного рассмотрения.

Пленум определяет допустимость досрочного заявления о зачете, никак не дифференцируя требование по указанным стадиям его развития. Отсюда следует, что досрочное заявление о зачете может быть сделано на любой из этих стадий, но ремиссионный эффект наступит только в момент полной перфекции требования. Для приведенного примера это означает, что в следующую секунду после заключения договора купли-продажи поставщик вправе заявить о зачете. Причем такое заявление оказывается условной сделкой, так как неизвестно, будет ли поставлен товар и будет ли он принят, а поскольку срок оплаты привязан к моменту поставки (через неделю после поставки), то он оказывается отлагательно обусловленным сроком, который может и не наступить.

Этот феномен зачета по непокрытому требованию можно расширить постановкой вопроса о возможности предзачета по требованию о возврате займа и уплате процентов по консенсуальному договору до выдачи займа, по требованию об уплате арендной платы до передачи предмета аренды арендатору. Если считать обязательства возникшими, но не созревшими и в этих случаях, то разъяснение Пленума о допустимости предзачета охватит и такие ситуации. Границы допустимости предзачета с учетом новизны этого явления для нашей практики и науки еще предстоит осмыслить, а использовать его следует с осторожностью, ибо все мы здесь пионеры.

**14. Согласно статье 410 ГК РФ для зачета необходимо и достаточно заявления одной стороны. Для прекращения обязательств заявление о зачете должно быть доставлено соответствующей стороне или считаться доставленным по правилам статьи 165.1 ГК РФ.**

**Наличие условий для зачета без заявления о зачете не прекращает и не изменяет обязательства сторон. До заявления о зачете стороны не вправе отказаться от принятия надлежащего исполнения по встречным требованиям, стороны также не вправе требовать возврата исполнения, предоставленного до заявления о зачете.**

## Комментарий

- (а) При соблюдении позитивных и отсутствии негативных предпосылок для ремиссионного эффекта зачета необходимо и достаточно заявления хотя бы одной стороны. Используя эту терминологическую пару («необходимо и достаточно»), Пленум точно вскрывает существо дела: для зачета необходимо волеизъявление одной стороны, но его же и достаточно, поскольку волеизъявление другой стороны, да и вообще ее согласие, иррелевантно. В этом аспекте компенсат всецело находится во власти компенсанта, но фундаментального противоречия с принципом автономии воли здесь нет, поскольку у компенсата нет и не может быть законного интереса не подвергаться зачету. Обратное означало бы признать за ним правовую возможность получить исполнение причитающегося, не исполняя должного. Претерпевание последствий зачета согласуется с принципом корректирующей справедливости (*corrective justice*).

Как известно, все односторонние сделки по принципу дихотомии делятся на две неравные по численности группы: те, которые требуют восприятия изъявленной воли другой стороной, и те, которые этого не требуют. Общим местом является

отнесение зачета к первой группе<sup>34</sup>. Соответственно, чтобы сделка достигла тех целей, на которые она направлена, необходимо (1) фактическое восприятие волеизъявления заявителя зачета компенсатом либо (2) фикция этого восприятия (абз. 2 п. 1 ст. 165.1 ГК). Риск лежит на компенсате, а поэтому ему следует приискать достоверные доказательства наступления хотя бы одного из названных обстоятельств. Разъяснение Пленума в первом абзаце комментируемого пункта более чем очевидно и никакой новой правовой проблемы не решает, подтверждая ранее сформулированные суждения. Никто не отстаивает в современной юриспруденции, что зачет следует отнести к иной группе односторонних сделок, правовые цели которых достигаются независимо от восприятия изъявленной другой стороной воли. Это объясняется просто: компенсат имеет право знать, в каком состоянии находятся его дела, прекратилось обязательство или нет, в противном случае его права и законные интересы могли бы оказаться нарушенными. Например, он мог бы, не зная о зачете, исполнить свое обязательство и подвергнуться риску его обратного истребования по кондикции.

- (б) Истории развития обязательственного права известен феномен *ipso jure compensari*, который понимался двояко. Одни юристы считали, что в источниках римского права имелось в виду автоматическое (без волеизъявления) прекращение встречных однородных обязательств по наступлении более позднего срока исполнения (ряд правопорядков воспринял эту идею; во Франции, правда, в суде заявление всё равно считалось необходимым<sup>35</sup>). Другие полагали, что распоряжение правом без воли на то управомоченного лица не может иметь места (так обстоит дело в Германии). Отсюда данное выражение воспринимали как указание на момент прекращения обязательств, а не как на прекращение обязательств в силу закона. Текст действующего ГК не оставляет сомнений в том, что обязательства могут прекратиться зачетом только по воле хотя бы одной стороны. Факт наступления зачетоспособности взаимных однородных требований лишь перфекционирует право на зачет, но сам по себе ремиссионного эффекта не влечет. Для этого необходима правопрекращающая сделка зачета — заявление. Собственно, на это указывается в первом предложении второго абзаца комментируемого пункта.

Обращает на себя внимание, что Пленум оперирует двумя терминами — «*прекращение*» и «*изменение*» обязательств — в том смысле, что ничего этого не происходит в силу лишь одного факта наступления зачетоспособности. Сама норма закона ни о каком изменении не говорит. Видимо, под термином «изменение обязательства» подразумевалось его прекращение в части. Иными словами, имелось в виду, что наличие условий для зачета без заявления о зачете не прекращает обязательства сторон ни полностью, ни в части. Хотя последнее более чем очевидно, а потому добавление фрагмента про изменение обязательства кажется излишним. Трудно представить себе, что кто-то из юристов думал, что частичный зачет прекращает обязательство в силу закона, а полный зачет требует заявления. Кроме того, поскольку полное совпадение встречных требований по размеру редко когда встречается, зачет всегда приводит к тому, что большее по размеру долга обязательство прекращается лишь в части, т.е., в терминологии Пленума, изменяется. Если же представить, что под изменением обязательства Пленум предполагал что-то иное,

<sup>34</sup> См.: п. 4 письма № 65.

<sup>35</sup> В настоящее время зачет производится на основании заявления.

то с этим трудно согласиться. Что бы ни имелось в виду, зачет — это способ прекращения обязательства, а не юридическое средство изменения каких-либо его условий. Поэтому последнее предположение, скорее всего, не имеет под собой оснований. Таким образом, с учетом современного уровня развития доктрины, законодательства и судебной практики комментируемое разъяснение ничем не обогатило наше право и не привело к его развитию.

Но что если обсуждаемый пассаж Пленума имеет в виду, что никаких правовых последствий наличие условий для зачета без заявления о нем не влечет? Можно ли сказать, что случившаяся зачетоспособность сама по себе ничего не меняет в правовом положении сторон? Если подразумевалось именно это, то здесь требуется уточнение. Речь идет о таком на первый взгляд не очень распространенном феномене, фрагментарно представленном в законодательстве и обоснованном в теории, а также имеющем основу в традиции права, как *deductio*. Вместо комментируемого банального утверждения разъяснение полезно было бы посвятить разграничению *compensatio* (зачет) и *deductio* (вычет). Дело в том, что зачетоспособность по внешним признакам может быть смешиваема с условиями, влекущими дедукцию, а последняя даже иногда именуется зачетом, таковым на самом деле не являясь. Для вычета, в отличие от зачета, характерен автоматизм. Разграничение зачета и дедукции ведется еще с римского права, но плохо представлено в нашей литературе, тогда как в других правопорядках они дифференцируются как по существу, так и терминологически (например, *Aufrechnung* (зачет) и *Anrechnung* (вычет) в Германии). Кстати, иск конкурсной массы по римскому праву должен был заявляться с вычетом, равно как иск банкира к своему клиенту. Вопрос о том, где должна пролегать граница между зачетом и вычетом, требует обстоятельного изучения и еще ожидает своего исследователя (например, еще Гай отмечал, что для дедукции однородность иррелевантна, хотя в нашем позитивном праве, напротив, просматривается как раз однородность). На практике эти явления возникают постоянно, другое дело, что без должного теоретического осмысления они развиваются скорее интуитивно, чем научно обоснованно. Элементы дедукции могут быть усмотрены, например, в ст. 232 (зачет выгод от пользования безнадзорными домашними животными), п. 1 ст. 381.1 (засчитывание обеспечительного платежа), ст. 997 (удержание причитающихся сумм комиссионером), ст. 1108 ГК (зачет имущественных выгод). Этот перечень можно продолжить, но в каких из этих случаев теоретически следует обнаружить подлинный зачет, а где — вычитание, надлежит определить на основании более обстоятельного исследования.

- (в) Кроме того, было бы весьма практичным обратиться, например, к судебной доктрине сальдирования, активно развиваемой самим Верховным Судом в последнее время. Этот феномен, на наш взгляд, представляет собой реакцию на несправедливость тотального запрета зачета в банкротстве. Зачет многие рассматривают как правовое средство обеспечительного характера (что неоспорно для обеих сторон, если смотреть на него через кредитную теорию, обосновывающую преференциальность). С этих позиций сальдирование как эвфемизм прежнего «французского зачета» (без необходимости заявления) есть дитя судебной доктрины, с помощью которой достигаются те же цели, которые в некоторых европейских юрисдикциях достигаются преференциальным зачетом (с некоторыми нюансами). Черты этой развивающейся судебной доктрины сальдирования еще не вполне сформировались: некоторые видят в ней тот же вычет (*deductio*), которому имманентно при-

сущ автоматизм, другие обращают внимание на то, что независимо от положений договора, который может предусматривать обычный зачет или не допускать автоматизма, сальдирование все равно будет иметь место, если требования возникают из одного правового основания или обнимаются одним правоотношением. Одним словом, концепция сальдирования пока не нашла прочного места в систематике нашей юриспруденции и требует внимания высшей судебной инстанции. Понятно, что Пленум не может объять необъятное и удовлетворить все запросы практики, но обращение к наиболее актуальным из них было бы значительно полезнее повторения избитых истин.

- (г) Наступление зачетоспособности хотя и не прекращает, а также не изменяет обязательства сторон, может воздействовать на правоотношение одной из сторон, например в виде ослабления прав потенциального компенсанта. Если исполнение обязательства было обеспечено поручительством, то согласно п. 2 ст. 364 ГК поручитель вправе не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника. Схожий подход обнаруживается в отношении субсидиарного должника (п. 2 ст. 399 ГК). Таким образом, перфекция права зачета может иметь юридическое значение для соответствующих прав сама по себе, но такое воздействие действительно не влечет прекращения или изменения обязательств сторон потенциальной зачетной сделки.
- (д) Зачетоспособность может оказывать влияние на другие секундарные права, нивелируя их. Так, при отказе одной из сторон от обязательства по причине существенной просрочки в оплате, допущенной другой стороной, этот отказ не может возыметь действия, если отказывающаяся сторона имеет перфектное право на зачет в сумме не меньшей, чем просроченная задолженность. Возможно, тут следует обсуждать, имелась ли зачетоспособность на момент просрочки или возникла позднее, но так или иначе данное обстоятельство может иметь самостоятельное правовое значение без заявления о зачете.
- (е) За пределами подобных изъятий воздействия наступившей зачетоспособности на правоотношения определенных субъектов в отношениях сторон это состояние взаимных требований и обязанностей на них не влияет. Отсюда вывод Пленума о том, что стороны не вправе отказаться от принятия надлежащего исполнения по встречным требованиям. Пока заявление о зачете не повлекло ремиссионный эффект, каждая сторона обязана действовать в соответствии с условиями обязательства. Это касается не только кредиторской обязанности, которая вычленяется в разъяснении, тогда как остальное не упоминается. Это принципиально важно, поскольку даже если заявление о зачете и будет сделано, это далеко не всегда повлечет прекращение связанных с прекращенным обязательством последствий девиации в поведении сторон. Например, если до прекращения обязательства зачетом сторона допустила то или иное нарушение, скажем нарушила информационную обязанность, что повлекло убытки другой стороны, ответственная за эти убытки сторона не освобождается зачетом от обязанности их возмещения. Ведь если бы обязательство прекратилось не зачетом, а надлежащим исполнением, то нарушение информационной обязанности не могло бы освободиться от возникших последствий. Ни прекращение регулятивного обязательства зачетом, ни его ретроактивный эффект никак не влияют на возникшее ранее охранительное правоотношение, которое

предопределено иным фактическим составом, чем сама просрочка зачитываемого обязательства. Отсюда следует сделать вывод, что комментируемое разъяснение страдает неполнотой и требует восприятия как описывающее лишь один частный случай (недопустимость отказа от принятия исполнения).

- (ж) Последнее предложение комментируемого пункта, в частности, содержит правовую позицию, согласно которой до заявления о зачете стороны не вправе **отказаться от принятия** надлежащего исполнения по встречным требованиям. Подавляющее большинство зачетов на практике совершаются в отношении безналичного платежа, в особенности в коммерческих отношениях. Следовательно, эта правовая позиция означает, что если заявление о зачете не получено, то данная сторона не вправе вернуть поступившую на ее расчетный счет сумму. Но что если речь пойдет о расчетах наличными деньгами? Как будет показано ниже, в некоторых случаях лицо, которому предложено реальное исполнение, может быть заинтересовано в зачете, поскольку иначе оно потеряет ретроактивную премию. Пленум употребляет термин «отказаться от принятия», который охватывает и такую ситуацию, когда должник предлагает кредитору принять наличные деньги. Допустим, в условиях наступившей зачетоспособности просрочивший должник предлагает принять денежную сумму, а кредитор, не принимая ее, вручает должнику заявление о зачете. Комментируемое разъяснение как будто бы не позволяет это сделать. Едва ли в данном случае эта правовая позиция соответствует закону, ведь юридически, как только должник воспринял волеизъявление компенсанта, его обязательство прекратилось и настаивать на принятии денег он не вправе, ибо кредиторские обязанности также прекратились. Соответственно, кредитор, отказываясь от принятия недолжного, ничего не нарушает, он в своем праве.

Остается рассмотреть вопрос о добросовестности компенсанта. Нельзя ли усмотреть в его действиях некоторую упречность, ведь он мог заявить о зачете ранее, а не дожидаться, пока должник понесет издержки по реальному исполнению? Однако, кажется, и здесь упрекнуть кредитора не в чем, ведь он не преследовал цель вовлечь просрочившего должника в издержки, а реализовал свое право. Более того, должник вправе был сам заявить о зачете, но, не сделав это, несет риск того, что заявление сделает другая сторона. В любом случае даже если в действиях кредитора в каких-то ситуациях и можно усмотреть злоупотребление, то, видимо, можно рассуждать о его обязанности возместить убытки должника, составляющие напрасные расходы на реальное исполнение, но ремиссионный эффект это не подрывает. В этом аспекте категоричность суждений судей может вызывать сомнения.

- (з) Другое уточнение следует сделать в отношении употребления термина **«надлежащее исполнение»**. Если применить разъяснение дословно, то при просроченном безналичном платеже кредитор вправе отказаться от его принятия и вернуть денежные средства должнику, заявив затем о зачете. Просроченный платеж формально не может быть отнесен к надлежащему исполнению. Конечно, если имеет место существенное или иное нарушение обязательства, которые дают кредитору право на отказ от исполнения, он вправе вернуть платеж и отказаться от обязательства или не отказываться, а заявить о зачете. Тот факт, что формально-юридически в момент зачисления денежных средств в банк, обслуживающий кредитора, денежное обязательство считается исполненным, не должен влиять на право кредитора отказаться от обязательства. Иначе получится, что односторонними действиями

просрочившего должника уничтожалось бы секундарное право кредитора. Но тогда такое право становится иллюзорным. Выходило бы, что при наличии права на отказ от обязательства выигрывает тот, кто оказался проворнее в своих действиях (отказ от обязательства или просроченный платеж), а не тот, чьи права следует защищать. Но уместно ли здесь это «спортивное» состязание? Этот подход нельзя поддержать, поскольку в соответствующих случаях кредитор остается бесправным, ведь технически он не может предотвратить зачисление денежных средств на счет обслуживающего банка. Получалось бы, что правопорядок допускает внесудебное принуждение к принятию исполнения, что противоречит принципу автономии воли. Следует принять во внимание и обратную ситуацию, когда исполнение не может быть признано надлежащим по модусу исполнения, например вследствие просрочки, но последняя незначительна. Один лишь тот факт, что исполнение является формально ненадлежащим, не дает кредитору права вернуть полученное и заявить о зачете. Обязательство прекращается исполнением (вопреки п. 1 ст. 408 ГК), а за просрочку должник может быть привлечен к ответственности.

- (и) Наличие права на зачет не означает, что оно непременно должно быть реализовано. Субъекты гражданского оборота осуществляют свои права в своем интересе и могут вовсе ими не воспользоваться. Следовательно, если одна из сторон произведет реальное исполнение, соответствующее обязательство прекратится, встречность утратится и зачет логически окажется более не возможным ни для одной из сторон. Именно на таком решении и останавливается Пленум, вдохновившись, видимо, немецким правом. На первый взгляд оно кажется обоснованным. Коль скоро исполнение произведено, стороне, которая его произвела, уже нельзя передумать, вспомнив о своем нереализованном праве на зачет. Равно как и другая сторона, получив исполнение, право на зачет утратила и не может иметь в нем интереса, поскольку сполна удовлетворена по своему притязанию.

Но нельзя ли возбудить сомнения в правильности этого подхода для всех случаев? Нет ли оснований сделать из него исключения в некоторых ситуациях? В современной российской доктрине этот вопрос не поднимается вовсе, а в судебной практике не встречается, поскольку он тесным образом связан с ретроактивностью, которая слабо усвоена на практике. Поэтому последующие рассуждения следует рассматривать как предварительные и дискуссионные.

Как уже указывалось, обычно соотношение сроков исполнения обязательств сторон дает ретроактивную премию только одной из них. Отсюда по финансовому результату зачет выгоден одной из сторон и невыгоден другой. Допустим, одна сторона имеет право по кондикции потребовать 1000 руб. Просрочка кондикционного должника составляет 1 год, а процентная ключевая ставка за период просрочки равна 4% годовых. Другая сторона имеет право потребовать 1000 руб. процентного займа, просрочка по займу составляет 2 года, а процент за пользование кредитом 10% годовых. О зачете заявлено через три года после просрочки по займу. Соответственно, к моменту заявления о зачете первая сторона имела право взыскать 1080 руб. (сумма неосновательного обогащения + охранительные проценты за 2 года); вторая сторона имела право потребовать 1420 руб. (сумма займа + регулятивные проценты + охранительные проценты). Сальдо сложилось в пользу займодавца в размере 340 руб. В результате зачета займодавец имеет право потребовать 240 руб. Ретроактивная премия в пользу кондикционного должника составляет 100 руб.

Этот пример показывает, что арифметически для займодавца зачет невыгоден, а для кондикционного кредитора — выгоден. Если кондикционный должник произведет исполнение, он тем самым лишит кондикционного кредитора (просрочившего заемщика) ретроактивной премии. Нельзя ли в связи с этим считать, что было бы справедливым вопреки обсуждаемому разъяснению Пленума предоставить кондикционному кредитору право вернуть полученное от контрагента и заявить о зачете? Вроде бы мы можем упрекнуть кондикционного кредитора в бездействии, ведь после наступления симметричной зачетной перфекции он мог заявить о зачете, но не позаботился об этом. Вместе с тем при возникновении указанной перфекции каждая сторона может не считать себя должной другой стороне, ибо последняя должна ровно столько же. Другая сторона (кондикционный должник) также могла заявить о зачете, но с накоплением просрочки ей это стало невыгодно, поэтому она предпочла действовать в ущерб своему контрагенту, чтобы лишиться его ретроактивной премии. С этих позиций комментируемое разъяснение может вызывать некоторые сомнения.

Возьмем другой пример: сторона, не ведая о своем праве на зачет, за пределами подозрительности осуществляет реальное исполнение, после чего контрагент впадает в банкротство. Если бы в российском праве с известными исключениями зачет обладал эффективностью при банкротстве (необходимость чего имеет обоснования в нашей науке и подкрепляется компаративными, а также историческими исследованиями), несправедливость предложенного Пленумом подхода была бы еще более очевидной.

- (к) Не трудно заметить разность в подходах комментируемого фрагмента и следующего пункта, который предусматривает возврат уплаченных до зачета процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, и (или) неустойки. Ведь здесь точно так же сторона могла бы заявить о зачете, но не сделала этого, уплатив, в том числе добровольно, указанные суммы санкций. Едва ли такую дифференциацию можно обосновать регулятивным и охранительным характером данных отношений, поскольку на решение вопроса о возврате лишившегося правового основания предоставления это никак не влияет. Если право на зачет является благом (а так оно и есть), то лишение управомоченного ретроактивной премии есть умаление его прав. Конечно, можно увидеть различие в том, что, когда речь идет об основном исполнении, последующее заявление о зачете также относится к этому самому исполнению, тогда как если говорить об уплаченных санкциях, то заявление о зачете касается не этих обязательств, а основного исполнения, как бы «выбивая» с обратной силой основание для правоохранительных процентов. Однако сомнения в том, что это может сыграть решающую роль, все же остаются, поскольку логическая сообразность понятий еще не означает гармоничность защиты интересов сторон.
- (л) Можно продолжить отыскание и других казусов в том же критическом направлении. Предположим, наследник получает претензию об уплате долга, подтвержденную долговым документом. Не имея, что возразить, он учиняет платеж. Однако позднее в многочисленных бумагах покойного обнаруживает доказательство наличия зрелого встречного однородного требования наследодателя к получившему только что платеж кредитору. Как тут не вспомнить сказанное выше: *dolo facit qui petit quod redditurum est*. Последнее становится очевидным, если вследствие ретроактивности сальдо зачета (ретроактивная премия) складывается в пользу



наследника. Получается, что кредитор, зная о своем долге перед наследником, лишил последнего выгод ретроактивности, на что тот имел полное право. В этом аспекте разъяснение Пленума не кажется нам вполне справедливым. Конечно, можно было бы сказать, что наследодателю следовало содержать свои дела в порядке, а за их расстройство нечего пенять кому-либо. Но насколько это оправдывает коварство кредитора, который знал о требовании к себе? Естественно, возможна и другая ситуация, когда кредитор наследника никаких требований не предъявлял, но получил исполнение по обязательству. Видимо, он вправе рассчитывать, что контрагент не пожелал воспользоваться своим правом на зачет, и это его дело.

Таким образом, возможно, недопустимость возврата исполненного на основании последующего заявления о зачете и оправданна в качестве общего правила, однако в некоторых случаях справедливость этого подхода может вызывать некоторые сомнения. В таких ситуациях применение принципа добросовестности и недопустимости злоупотребления правом, быть может, способно откорректировать негативные последствия *ad hoc*.

**15. Обязательства считаются прекращенными зачетом в размере наименьшего из них не с момента получения заявления о зачете соответствующей стороной, а с момента, в который обязательства стали способными к зачету (статья 410 ГК РФ). Например, если срок исполнения активного и пассивного требований наступил до заявления о зачете, то обязательства считаются прекращенными зачетом с момента наступления срока исполнения обязательства (или возможности досрочного исполнения пассивного обязательства), который наступил позднее, независимо от дня получения заявления о зачете.**

Если лицо находилось в просрочке исполнения зачитываемого обязательства, срок исполнения по которому наступил ранее, то проценты за пользование чужими денежными средствами (статья 395 ГК РФ) и (или) неустойка (статья 330 ГК РФ) начисляются до момента прекращения обязательств зачетом. Если проценты за пользование чужими денежными средствами (статья 395 ГК РФ) и (или) неустойка (статья 330 ГК РФ) были уплачены за период с момента, когда зачет считается состоявшимся, до момента волеизъявления о зачете, они подлежат возврату.

Если требования стали встречными лишь в результате перемены лица в обязательстве, то момент их прекращения не может быть ранее даты такой перемены (статьи 386, 410 ГК РФ).

## Комментарий

- (а) Обязательства считаются прекратившимися зачетом с момента наступления зачетоспособности (симметричной зачетной перфекции), т.е. с того момента, когда сроки исполнения встречных однородных обязательств каждой из сторон наступили, а негативные предпосылки для зачета отсутствуют. Например, если одна из сторон должна исполнить свое обязательство 1 июля, а другая 7 октября, то обязательства прекращаются 7 октября, если хотя бы одна из сторон заявила о зачете.

Казалось бы, коль скоро зачет является ремиссионной сделкой, то прекращение обязательств должно происходить с момента восприятия изъявленной воли на зачет другой стороной (компенсатом), т.е. с момента получения им заявления о зачете. Сделки влекут изменение прав их сторон на будущее. Люди не умеют пока менять свое прошлое, но право способно на это во имя лучшего социального устройства, т.е. в конечном счете ради справедливости. Несмотря на то, что всякое действие воздействует на будущее, а не на прошлое, феномен ретроактивности известен гражданскому праву и за пределами зачета (например, наступление условия в сделке, недействительность сделки, выбор в альтернативном обязательстве, наследование и др.). Ретроактивность (ретроспективность), или обратное действие зачета, хотя и являются дискуссионными, были известны отечественной доктрине (при отсутствии для этого оснований в тексте закона), но не являлись достоянием практической юриспруденции до 2001 г., когда в арбитражной практике была сформулирована эта правовая позиция<sup>36</sup>. При подготовке реформы ГК предлагалось отказаться от ретроактивности зачета, установив его перспективный эффект, однако это предложение не нашло сочувствия у законодателя, изменения не были приняты.

Пленум продолжает сложившуюся арбитражную традицию, расширяя доктрину ретроактивности и на юрисдикцию общих судов, а также развивая некоторые ее немаловажные детали. Возможно, это поспособствует лучшему усвоению этого свойства зачета на практике. В силу его относительной необычности, отсутствия нормативного воплощения в законе, невысокой квалификации некоторых юристов создается впечатление, что ретроактивность не применяется, ибо о ней попросту не знают. Теперь в ретроспективность зачета вдохнули новую жизнь и на более высоком уровне судебного правотворчества.

- (б) С политико-правовой точки зрения ретроактивность зачета нужна, потому что влечет справедливый результат экономического взаимодействия субъектов гражданского оборота. Когда одно лицо обязано к действию и в тот же момент управомочено на такое же действие, создается естественный экономический баланс. Долг в 1000 и право на 1000 в силу арифметики дает ноль. Было бы весьма странным обнаружить, что ноль влечет что-то большее, чем ноль. Иногда рассуждают так, что юридические последствия нарушения обязательства для каждой из сторон могут быть индивидуальны, смотря по обстоятельствам и условиям обязательств. Например, одно из встречных денежных требований снабжено ощутимой неустойкой, а другое нет. Стало быть, можно предположить, что кредитор по неустойке выговорил ее для себя не только для того, чтобы устроить должника, но и для покрытия предвидимых убытков. Поэтому было бы противно праву обмануть обоснованные ожидания кредитора, лишив его всей суммы неустойки, начисляемой с момента наступления зачетоспособности встречных требований. Однако подобные рассуждения не выдерживают критики в свете принципов гражданского права. Ведь, удовлетворяя такие претензии, мы должны были бы игнорировать собственное нарушение (экономии) такого кредитора. В совпадающей сумме он должен ровно столько же, сколько и его *vis-à-vis*. Стоило в момент наступления симметричной зачетной перфекции требований хотя бы одному из контрагентов заявить о зачете, никакой последующей просрочки и не было бы. Не уплачивая

<sup>36</sup> См.: п. 3 письма № 65.

контрагенту причитающееся, соответствующее лицо сохраняет это в своей имущественной массе, потому никаких убытков возникнуть не может.

Более того, было бы недобросовестным допустить возникновение негативных последствий в условиях, когда притязающий на исполнение в ту же минуту сам должен отдать то, на что он притязает. Рассчитывать сохранить то, что сам должен отдать, — недобросовестно, ибо никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Имущественная масса одного из контрагентов, имея плюс за счет требования, имеет точно такой же минус за счет долга (абсолютная эквивалентность). Спрашивается: откуда же здесь могут возникнуть потери, которые справедливо было бы покрыть за счет неустойки в нашем примере? Вопрос с очевидностью риторический. Таким образом, ретроактивная премия на самом деле не премия, а юридическое средство устранить несправедливость, так как выравнивает стороны в правах, приводя их к истинному экономическому положению.

Обязательства прекращаются в совпадающей сумме встречных однородных требований, т.е. в той части, в которой взаимно покрывают друг друга. Пленум объясняет это указанием на то, что обязательства прекращаются в размере *наименьшего из них*. Это не вызывает никаких сомнений. Если одно требование номинировано в 1000 руб., а другое, встречно направленное, — в 500 руб., то прекратятся два требования по 500 руб. каждое, а оставшиеся 500 руб. для соответствующего лица с меньшим требованием остаются задолженными.

- (в) Иллюстрируя свое разъяснение абстрактными примерами, Пленум в попытке одним предложением обнять как симметричную, так и асимметричную зачетную перфектность, допускает редакционную неточность в части, относящейся к асимметричной зачетной перфекции. Если вычленить эту часть из текста, получается, что обязательства прекращаются с момента наступления *возможности* досрочного исполнения пассивного обязательства. Но это во многих случаях означало бы, что обязательства прекратятся не после того, когда по активному требованию наступил срок, а с момента возникновения пассивного обязательства. Возможность досрочного исполнения не обуславливает срок исполнения. Последний определяется моментом предоставления при реальном исполнении, а при зачете — перфекцией активного требования и заявлением.

Чаще всего если обязательство можно исполнить досрочно, то это можно сделать сразу же по его возникновению. Но это вступило бы в противоречие с правилом о том, что по активному требованию срок должен наступить. Приведем пример. Срок исполнения обязательства по оплате поставленного товара (по активному требованию) наступает 1 июля, а другое обязательство по возврату беспроцентного займа возникло 1 июня. Согласно неудачной редакции комментируемого постановления возможность досрочного возврата займа наступила 1 июня, а поэтому и требование по оплате товара прекратилось досрочно — 1 июня. Явно имелось в виду не это. В нашем примере обязательства считаются прекращенными после 1 июля, когда наступил срок по активному требованию, поскольку в этот день уже имелась возможность досрочного удовлетворения пассивного требования по возврату займа. Таким образом, при зачете активного требования против пассивного требования, срок которого еще не наступил, но которое может быть удовлетво-

но досрочно, обязательства прекращаются после наступления срока по активному требованию.

Асимметричная зачетная перфекция может возбудить вопрос об особенностях действия ретроактивности, который в российской литературе и в известной судебной практике обычно не рассматривается. Предположим, что по требованию заявителя зачета срок наступил, тогда как сам он обязан перед адресатом зачета по беспроцентному займу со сроком возврата займа, скажем, через год. Адресат зачета уже обязан к платежу, однако потребовать досрочного возврата займа он не вправе. Следовательно, перед нами асимметричная зачетная перфектность, когда одна сторона вправе заявить о зачете, а другая нет. Итак, если заявитель зачета сделает соответствующее заявление, необходимо определить, когда обязательства должны считаться прекращенными зачетом. Общее правило о наступлении более позднего срока исполнения (возврат займа через год) здесь с очевидностью не подходит. Если беспроцентный заем был сделан заявителем зачета до наступления его срока требования, как было показано выше, то, хотя возможность досрочного возврата займа возникла ранее наступления срока по требованию компенсанта, зачет не может состояться ранее созревания этого требования заявителя зачета. Следовательно, остается только одна дата — получение адресатом зачета заявления компенсанта. Получается, что места для ретроактивности зачета здесь не остается. Она не применяется к такому случаю.

Теперь представим, что заявитель зачета, несмотря на созревание его требования к контрагенту, делает заявление о зачете только через год, в момент наступления срока возврата займа. Здесь встает выбор между датой, когда зачет был бы возможен, т.е. созреванием срока требования заявителя зачета, и сроком наступления его обязанности вернуть заем. Если же заявитель зачета сам впадет в просрочку по обязательству возврата займа, не сделав пока заявления о зачете, ситуация с выбором надлежащей даты усложняется. Дело в том, что в этом случае возникает симметричная зачетоспособность, когда каждая из сторон вправе заявить о зачете. Если заявление сделает заемщик, то при выборе наиболее поздней даты исполнения обязательства следует считать прекращенными зачетом с момента наступления срока возврата займа. Если же соответствующим образом применить разъяснение Пленума о возможности досрочного исполнения, то необходимо учитывать дату, когда заемщик мог бы заявить о зачете, т.е. когда созрело его требование (более года назад). Такой же вопрос возникнет, если заявление сделает займодавец. Надо принимать во внимание, что такие же вопросы уместно поставить и тогда, когда срок исполнения обязательства определяется временным промежутком. В таких ситуациях, когда у адресата зачета период на исполнение прошел и он впал в просрочку, заявитель зачета может находиться еще в пределах периода исполнения по своему обязательству, т.е. когда он уже вправе произвести исполнение, но еще не обязан к этому, а потому не в просрочке. Поскольку установление срока исполнения посредством определения периода (а не даты) является весьма распространенным явлением на практике, вся эта проблематика приобретает массовую актуальность и требует более глубокого осмысления.

- (г) Определенные осложнения для правоотношений сторон могут возникать, когда по одному из обязательств установлен отлагательно обусловленный срок (комбинированный срок). Возьмем пример, когда субподрядчик и генподрядчик состоят

также в отношении по договору займа, согласно которому генподрядчик (заемодатель) предоставил заем субподрядчику (заемщику) и срок его возврата наступил. По подряному договору генподрядчик обязан оплатить результат работ субподрядчика в течение недели после получения оплаты от заказчика. Субподрядчик, намереваясь прекратить свое обязательство по договору займа, делает досрочное заявление о зачете, но оплата поступает от заказчика слишком поздно. Продолжительность просрочки заемщика будет определяться моментом прекращения обязательств зачетом. Согласно известному подходу судебной практики, отлагательно обусловленный срок не противоречит закону, но если условие не наступает в разумный срок, обязательство с таким комбинированным сроком должно быть исполнено в разумный срок<sup>37</sup>. Следовательно, субподрядчик может претендовать на уменьшение своей просрочки, которая должна прекратиться в связи с зачетом при наступлении разумного срока, а не в срок выплаты соответствующих сумм заказчиком, увеличенный по условию обязательства на одну неделю. Сложность заключается в том, что при наличии у сторон спора о разумном сроке он будет определен судом, поэтому о продолжительности своей просрочки по возврату займа заемщик (субподрядчик) узнает только в суде. Такая неопределенность является следствием отлагательно обусловленного темпорального разрыва синаллагмы, как, впрочем, и всякими другими обязательственными моделями, в которых к предоставлению применяется разумный срок.

- (д) К моменту наступления зачетоспособности одна из сторон обычно останется в просрочке (за исключением совпадения сроков исполнения по обязательствам). В просрочке оказывается сторона, срок исполнения обязательства которой наступил ранее. Это не зависит от того, кто именно из сторон и когда эффективно заявил о зачете. Иллюстрация: одна сторона обязана произвести исполнение 1 июля, а другая 7 октября. Соответственно, первая сторона находится в просрочке с 1 июля по 7 октября, а другая сторона просрочки не имеет. Поэтому проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, или неустойка, установленная по условиям обязательства или по закону (далее в комментарии к этому пункту — санкции), подлежат начислению до прекращения обязательства зачетом.
- (е) Обращает на себя внимание, что Пленум, видимо, полагает, что это происходит не всегда, поскольку разъяснение снабжено союзом *«если»* (*«Если лицо находилось в просрочке исполнения зачитываемого обязательства...»*). Получается, что в каких-то случаях сторона, срок исполнения обязательства которой наступил ранее, может и не находиться в просрочке. К сожалению, Пленум оставляет нас в неведении, что за ситуация имеется в виду и возможно ли такое логически. Впрочем, возможно, ничего такого Пленум вовсе не подразумевал. Быть может, упомянутый союз использовался в значении «когда», и тогда никакой необходимости в поисках отсутствующей просрочки после наступления срока исполнения обязательства не возникает. Иными словами, излагается обычный силлогизм «если... то...». Таким образом, Пленум просто иллюстрирует эффект ретроактивности. После (но не в момент) наступления симметричной зачетной перфектности каждая сторона находится в просрочке и нет никаких юридических оснований не начислять соответствующие суммы текущих санкций до заявления о зачете, которого может так

<sup>37</sup> См.: ответ на вопрос № 2 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26.04.2017); определения СКЭС ВС РФ от 27.12.2019 № 305-ЭС19-20514, от 28.05.2020 № 305-ЭС19-26475, от 15.05.2020 № 305-ЭС19-24867.

и не случиться, как бы иррационально это ни было для соответствующей стороны. Но если последняя (чья просрочка наступила позднее) все же позаботится о своих интересах и сделает заявление о зачете (впрочем, такое же последствие будет наступать и при заявлении другой стороны), то начисленные санкции подлежат коррекции таким образом, что обязанной к их уплате оказывается только одна сторона — чья просрочка началась ранее. Другая сторона получает ретроактивную премию.

Кроме того, возможно, рассматриваемая редакция призвана показать, что если лицо находилось в просрочке исполнения зачитываемого обязательства, срок исполнения по которому наступил позднее, то оно не обязано к уплате соответствующих санкций, поскольку происходит своего рода очистка его просрочки ввиду ретроактивного эффекта зачета. Другое дело, что термин санкции «*начисляются*» следует понимать в том смысле, что они подлежат уплате, потому что, как уже было показано выше, после симметричной зачетной перфекции (обе стороны уже в просрочке) до заявления о зачете они вполне себе начисляются (поскольку каждый период возникает субъективное право на проценты и (или) неустойку), но впоследствии эти права не считаются возникшими. Именно поэтому, если, к примеру, право на неустойку будет изолированно уступлено стороной, чей срок по исполнению встречного обязательства наступил раньше, цессионарий никаких прав в действительности не получит при условии, что будет заявлено о зачете.

- (ж) Состояние зачетоспособности само по себе не оказывает влияния на структуру правоотношения и на права его сторон по отношению друг к другу, за некоторыми исключениями. Преобразование наступит при условии эффективного заявления о зачете. Формально-юридически, несмотря на зачетоспособность, при просрочке имеются основания для действия текущих санкций, хотя экономического основания они не имеют. Следовательно, если просрочка влечет возникновение санкций (правоохранительных притязаний), они могут быть реализованы до заявления о зачете. Проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, и (или) неустойка, уплаченные за период после наступления зачетоспособности, лишаются своего правового основания прекращением обязательств зачетом, причем с момента наступления зачетоспособности и независимо от того, какая из сторон их уплачивала.

Пленум не делает различия для случаев добровольной или недобровольной уплаты санкций, равно как и не придает правового значения тому обстоятельству, знала ли сторона о наличии у нее права на зачет или нет. С позиций теории воли, казалось бы, можно считать, что коль скоро обязанное лицо добровольно уплачивает санкции, зная о наличии у него права на зачет, то оно отказывается тем самым от своего права на ретроактивную премию и это его личное дело. Но этот подход вступил бы в противоречие с теорией ответственности по обязательству: нет нарушения — нет ответственности. Последнее есть следствие действия принципа справедливости, ибо каждый отвечает за собственные действия, и если отвечать не за что, то и ответственность была бы несправедлива. Получается, что теория свободной воли отступает перед принципом справедливости, что кажется верным. Тем более если кто-либо не захочет защищаться этим принципом, он вправе не требовать возврата уплаченного, отказавшись тем самым от ретроактивной премии.

- (з) Право на возврат уплаченных санкций сформулировано Пленумом достаточно категорично и без исключений. Однако если применять его разъяснения системно (что, видимо, следует делать по общему правилу, имея в виду предполагаемую внутреннюю согласованность текста), придется разрешить прямо не предусмотренный текстом казус. Это связано с предыдущим пунктом, который не допускает возврат предоставления, осуществленного до заявления о зачете: стороны не вправе требовать возврата исполнения, предоставленного до заявления о зачете (п. 15). Уплата санкций также является исполнением обязательства, только не регулятивного, а охранительного. Может так случиться, что соответствующая сторона произведет исполнение и уплатит санкции, после чего заявит о зачете. Подлежит ли применению комментируемое положение и к этой ситуации? Если возврат процентов допускается и в этом случае, это несколько смягчает негативные последствия от категоричной недопустимости возврата основного исполнения, хотя и не устраняет их полностью. С этих позиций такая интерпретация комментируемого разъяснения выглядит предпочтительной. Тогда получается, что уплаченные охранительные проценты или пени (ст. 330, 395 ГК) за период с момента, когда зачет считается состоявшимся, до момента волеизъявления о зачете подлежат возврату и в том случае, когда основное исполнение также было произведено.

Пленум не дает правовой квалификации праву на возврат уплаченных санкций, наверное, ввиду ее очевидности. Это требование о возврате неосновательно-го обогащения, возникающего вследствие отпадения правового основания (п. 3 ст. 1103 ГК).

- (и) Комментируемое разъяснение страдает неполнотой, поскольку оставляет в стороне ряд вопросов о других уплаченных суммах, правовое основание для получения которых возникло в связи с текущей после зачетоспособности просрочкой.

Пленум не касается вопроса о суммах мораторных (т.е. вызванных просрочкой) убытков, которые гипотетически могли быть ошибочно уплачены соответствующей стороной. Как уже было обосновано выше, никаких убытков от неисполнения обязательства в установленный срок после наступившей зачетоспособности возникать не может. Упущенный в разъяснении вопрос об уплаченных убытках едва ли является актуальным, поскольку в силу высокой степени конфликтности и низкой степени договороспособности, присущих современному уровню развития экономических отношений в России, ожидать широкого распространения случаев добровольной уплаты убытков было бы нереалистичным. Что касается случаев взыскания убытков судом, то такое решение при доказанной зачетоспособности будет просто незаконным, потому что зачетоспособность препятствует возникновению убытков от просрочки в принципе. Никто не может претерпеть убытки от того, что не получает сумму, которую должен сам. Поэтому последующее заявление о зачете ничего не меняет в отношении сторон: убытков как не было, так и нет. Тут нет случая отпадения правового основания, поскольку его и не было. Суждение об отсутствии убытков в рассматриваемом случае не лежит на поверхности, а потому допустимо предположить, что практика может не разделить его. Что же делать с решением суда о взыскании убытков после сделанного заявления о зачете? Этот же вопрос возникает и в отношении взысканных судом санкций. Если решение суда уже исполнено, то ретроспективность зачета может обосновать

возникновение кондикционного притязания. Такое же основание и для возврата сумм, уплаченных в качестве убытков.

- (к) Рассуждая о правоохранительных процентах, Пленум оставляет в стороне судьбу уплаченных регулятивных процентов. Возможно, это не случайно и связано с его позицией о недопустимости возврата исполненного до заявления о зачете (см. комментарий к п. 15). Тот факт, что регулятивные проценты являются дополнительным требованием, отдельным от требования уплаты капитальной суммы, едва ли может изменить что-то в позиции Пленума о недопустимости возврата исполненного до заявления о зачете. Но тогда следовало бы не создавать здесь логическую фигуру умолчания, порождая тем самым неопределенность для правоприменительной практики. Почему же мы не имеем суждения о юридической судьбе регулятивных процентов? Видимо, было понятно, что последовательная позиция в этом вопросе создает алогичную ситуацию: обязательство уплатить капитальную сумму ретроактивно прекратилось, а уплаченные после этого регулятивные проценты за пользование ею не подлежат возврату. Получается, что соответствующая сторона платила проценты ни за что. Но если последнее необоснованно, то надо признать, что регулятивные проценты, как и охранительные, подлежат возврату. Именно такой подход представляется предпочтительным.
- (л) Помимо регулятивных процентов, схожий вопрос может возникать и в отношении иных платежей, произведенных в условиях зачетоспособности до заявления о зачете. Например, придется определиться с лизинговыми платежами, которые согласно кредитной теории лизинга должны разделять ту же юридическую судьбу, что и регулятивные проценты. В этой концепции в составе периодического лизингового платежа содержится часть цены, уплаченной за приобретенный предмет лизинга (капитальная сумма), а также плата за пользование финансированием, которая имеет тот же характер, что регулятивный процент при кредитовании. Арендная теория натолкнется на запрет возврата исполненного до зачета.

Рядом следует поставить и продажу товара в кредит (ст. 823 ГК). Здесь известные сложности возникнут в тех случаях, когда договором купли-продажи будет предусмотрен график осуществления покупателем паушальных платежей, которые объединяют часть цены товара и процент за пользование кредитом. Ясно, что экономически такие платежи (как и в лизинге, согласно кредитной теории) включают в себя как часть покупной цены, так и процент за пользование кредитом. Если эти платежи осуществлялись в условиях наступившей зачетоспособности, то после заявления о зачете неизбежно встанет вопрос о праве покупателя на возврат исполненного.

- (м) Ретроактивность зачета рассматривается в разъяснении в отношении наиболее актуального вопроса ее практической реализации — в отношении охранительных процентов. Но этим эффекты ретроспективности не исчерпываются. Например, когда условия обязательства предусматривали валютную оговорку, устанавливающую валюту долга (но не валюту платежа), то курс иностранной валюты, определяющий размер долга в рублях, берется не по моменту совершения зачетной сделки, а ретроактивным образом, т.е. по сроку исполнения того обязательства, который наступил позднее, если иное не предусмотрено договором.



Стандартная ситуация накопления условий (предпосылок) зачетоспособности такова, что сначала образуется встречность с однородностью и лишь затем перфектность (симметричная или асимметричная). Поэтому ретроактивность находит свое основание в моменте наступления соответствующего срока исполнения обязательства. В этот момент экономическое (стоимостное) состояние двух имущественных масс (компенсанта и компенсата) приходит в сбалансированное состояние, так что плюс покрывается минусом и дает ноль. Однако последовательность накопления элементов зачетоспособности может быть иной, что само по себе не влияет на возможность зачета, но оказывает воздействие на ретроактивный эффект, а точнее на его момент. Речь идет о ситуации, когда последним элементом накопления зачетоспособности является встречность. Последнее может иметь место при изменении лица в обязательстве.

Возьмем пример симметричной зачетной перфекции. Лицо  $X$  имеет созревшее денежное требование к  $Y$ , но не имеет долга перед ним. При этом  $X$  имеет просроченный денежный долг перед  $Z$ . Эта комбинация зачетоспособности давать не может, поскольку встречность отсутствует. Далее  $Z$  уступает свое требование к  $X$  в пользу  $Y$ . В момент перехода требования возникает встречность и о зачете может быть заявлено как одной, так и другой стороной. Считается, что прекращение обязательств не может случиться ранее момента правопреемства. Предположим, что просрочка  $Z$  перед  $X$  была большей, чем просрочка  $Y$  перед  $X$ . Применение ретроактивности означало бы получение  $Y$  ретроактивной премии, ибо его просрочка перед  $X$  наступила позднее. Но все дело в том, что в приведенном нами абстрактном примере в момент наступления срока исполнения обязательства  $Y$  перед  $X$  зачет для  $Y$  был недоступен, а потому он не заслуживает ретроактивной премии.

При анализе последствий зачета важно обратить внимание на то, что образование встречности в результате правопреемства не означает прекращения обязательств в момент правопреемства во всех случаях. Последнее справедливо, когда правопреемство произошло по просроченным обязательствам. Если же по одному из обязательств срок исполнения наступает позднее перемены лица в обязательстве, то прекращение обязательств зачетом происходит в момент наступления этого срока. Это объясняется тем, что в накоплении зачетоспособности встречность оказалась не последним по времени элементом, ибо таковым опять оказался срок исполнения обязательства. Последнее возвращает нас к общему правилу ретроактивности. Иными словами, сам факт наличия правопреемства еще не означает, что правила ретроспективности должны непременно измениться. Ключевым здесь является последовательность накопления элементов зачетоспособности.

Специальное правило о темпоральной глубине обратного действия зачета, а именно ее сокращение и привязка к моменту правопреемства (при симметричной зачетной перфекции), отменяет ретроактивную премию, что необходимо учитывать при планировании соответствующих сделок. Например,  $A$  имеет просроченный с 15 июня долг перед  $B$  в размере 1000 при неустойке в размере 0,1% в день. Желая прекратить свое обязательство зачетом,  $A$  30 июня приобретает у третьего лица требование к  $B$  в размере 1000, обязательство по которому просрочено с 1 июня и обеспечено неустойкой в размере 0,2% в день, т.е. всего на 1060. Соответственно, на 30 июня  $A$  должен  $B$  1015, а  $B$  должен  $A$  1060. Общее правило ретроактивности привело бы к тому, что сальдо в пользу  $A$  имело бы размер 30, а специальное пра-

вило сокращенной ретроактивности приводит к тому, что сальдо в пользу А. имеет размер 45. При такой арифметике положение цессионария выглядит достаточно привлекательно: по общему правилу ретроактивности сальдо в его пользу было бы меньше на 15, а кроме того, с учетом обычной практики требование к Б. чаще всего можно приобрести с дисконтом. Примечательно, что для Б. финансовый результат оказался бы таким же, если бы в указанную дату были произведены реальные расчеты. Надо заметить, что и третье лицо, несмотря на дисконт, приобретает выгоду, снимая риски просрочки, а также издержки на взыскание. Однако вся эта арифметика сработает только при условии, что третье лицо готово уступить требование к Б. с дисконтом не меньше 4,25%, поскольку цессионарию невыгодно платить более 1015. Несложные расчеты показывают, что чем длительнее просрочка, тем менее реалистична сделка уступки для целей зачета. При двухлетней просрочке сторон при равенстве сроков исполнения дисконт уже должен составить более 30%, а при годовой разнице в сроках исполнения с той же двухлетней просрочкой с более раннего срока дисконт должен составить более 45%.

Слабая усвоенность ретроактивности зачета, еще бóльшая редкость ее применения при перемене лиц в обязательстве, формирующей недостающую встречность, малая реалистичность предоставления столь значительных дисконтов при уступке, видимо, в совокупности позволяют предположить, что комментируемое разъяснение может пригодиться скорее тогда, когда формирование встречности, открывающей зачетоспособность, произойдет случайным образом (наследование, реорганизация), а не специально для целей ретроактивных выгод зачета. Иными словами, уступка под зачет для целей получения ретроактивной премии требует скрупулезного расчета.

**16. При зачете части денежного требования должны учитываться положения статьи 319 ГК РФ. При недостаточности суммы требования для прекращения зачетом всех встречных однородных обязательств необходимо учитывать положения статьи 319.1 ГК РФ.**

## Комментарий

- (а) Разъяснения комментируемого пункта ничего нового в практику арбитражных судов не привносят, поскольку указанные позиции утвердились почти двадцать лет назад<sup>38</sup>. Такое же воззрение доминирует и в доктрине. Зачет, являясь суррогатом исполнения, *mutatis mutandis* подчиняется правилам об исполнении обязательств.

Лаконичность самого разъяснения требует конкретизации, а также иллюстрации применения соответствующих правил об исполнении обязательств к зачету. Иными словами, разъяснение интересно не тем, что написано, а тем, что не написано.

- (б) Согласно ст. 319 ГК сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга. Суммы взаимных обязательств поч-

<sup>38</sup> См.: п. 19 письма № 65.

ти никогда не бывают равными. Соответственно, обязательство одного участника зачета (с большим размером требования; мажоритарный кредитор) прекращается полностью, а обязательство другого (с меньшим размером требования; миноритарный кредитор) только частично. Несмотря на то, что ст. 319 ГК оперирует понятием «денежное обязательство» в единственном числе, на самом деле гипотеза этой нормы охватывает только случаи множества юридически разнородных обязательств в узком смысле, иначе ей нет места для применения. Требование о возмещении понесенных на получение исполнения издержек (например, уплаченная государственная пошлина) не тождественно требованию об уплате процентов (например, за пользование суммой займа), равно как и требованию по основному долгу (например, цена товара). Все это отдельные требования, но поскольку они однородны, т.е. выражены в деньгах, их можно суммировать. Таким образом, следует говорить о нескольких обязательствах или о суммарном обязательстве, т.е. итоговом объеме сложения сумм по всем обязательствам. Например, если суммарное обязательство состоит из 200 руб. издержек, 300 руб. процентов и 1000 руб. основного долга, то суммарное обязательство миноритарного кредитора равняется 1500 руб.

Юридическое значение имеет разграничение трех видов обязательств: 1) издержки кредитора по получению исполнения; 2) регулятивные проценты; 3) основной долг. Структура обязательства мажоритарного кредитора для целей применения ст. 319 ГК значения не имеет, поскольку оно прекращается во всей совокупной сумме. Большее по размеру суммарное обязательство, соответственно, прекращается зачетом в указанной в ст. 319 ГК РФ последовательности. Допустим, что из приведенного выше примера зачетом прекратились обязательства на сумму 350 руб.: соответственно, погашено 200 руб. издержек и 150 руб. процентов; тогда к уплате остается 150 руб. процентов и вся сумма основного долга в 1000 руб.

- (в) Надо принимать во внимание, что очередность погашения требований по денежному обязательству действует в силу закона и не требует подтверждения в заявлении о зачете. В то же время, если стороны согласны на изменение очередности, они вправе согласовать иную последовательность прекращения обязательств, предусмотрев, например, что прежде всего погашается сумма основного долга, а затем издержки и проценты. Учитывая отнесение зачета к суррогату исполнения, изменение договором очередности в отношении собственно исполнения распространяется и на тот случай, если обязательства будут прекращены зачетом. Договориться об иной очередности можно заранее, имея в виду будущие возможные зачеты в отношениях сторон (по любым обязательствам или по некоторым из них, например только по договорным обязательствам или только по обязательствам, возникшим из определенного договора либо группы договоров). Кроме того, предложение об изменении очередности может содержаться в заявлении о зачете. Если компенсат акцептует это предложение, очередность будет изменена соглашением сторон; если же в надлежащий срок акцепта не последует, обязательства прекратятся зачетом с учетом установленной в ст. 319 ГК очередности. Правоохранительные притязания (неустойки, проценты за пользование чужими денежными средствами, убытки) во всяком случае погашаются в четвертую очередь и не могут идти в зачет ранее первых трех очередей. Соглашение об ином в отношении исполнения обязательства согласно судебной практике ничтожно<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> См.: п. 37 постановления от 22.11.2016 № 54; п. 49 постановления № 7.

- (г) Известную сложность могут составить ситуации, когда мажоритарный кредитор в своем заявлении укажет, что прежде всего погашает долг компенсатом по основному долгу, а в оставшейся части — по процентам. Пример, конечно, фантазийный, но логически он может быть разрешен следующим образом. Хотя такое изменение очередности и идет на пользу миноритарному кредитору, едва ли зачет в подобных условиях может произойти помимо воли выгодоприобретателя, поэтому такое заявление требует акцепта, чтобы изменение очередности было облечено в соглашение. Однако при отсутствии акцепта последующее оспаривание собственного намерения против воли миноритарного кредитора, который положился на него, недопустимо по принципу *venire contra factum proprium non valet* (он же эстоппель).
- (д) Как известно, выбор из нескольких долгов, по которому производится исполнение, принадлежит должнику (ст. 319.1 ГК). В силу принципа автономии воли он сам решает, какой именно долг ему погасить. Право на атрибуцию (импутацию) исполнения является вторичным. Кредитор не вправе возражать против выбора должника и обязан претерпевать импутацию, даже если она ему невыгодна и он предпочел бы другую атрибуцию. Случается, что воля должника на атрибуцию платежа им не проявляется или оказывается неясной. Это характерно для однородных обязательств. Например, должник обязан оплатить поставленный ему по одному договору бензин, а по другому договору — дизельное топливо. В назначении недостаточного для погашения обоих долгов платежа должник указывает, что он платит за нефтепродукты или за ГСМ. Ясно, что кредитор всегда может уточнить, в счет какого обязательства следует засчитать платеж. Но что если он этого не сделает или сделает, но не получит ответа либо получит, но он окажется неопределенным? Правопорядок стремится устранить неопределенность в обязательственных отношениях, поскольку она нежелательна, причем не только для самих сторон, но и для третьих лиц (контрагентов кредитора и должника, государственных органов). Именно поэтому общие положения об обязательствах содержат правила об импутации платежа. В российском праве с относительно недавнего времени эту задачу решает ст. 319.1 ГК, а до реформы по аналогии ко всем соответствующим обязательственным отношениям применялась ст. 522 ГК, посвященная поставке.

При зачете неопределенность встречается реже, поскольку платеж может быть сделан бессловесно, а зачет всегда литеральный. Компенсант, заявляя о зачете, обычно указывает, в счет какого своего обязательства он его производит. Тем не менее и здесь нельзя исключать отсутствия или неясности волеизъявления на этот счет. Поэтому эти отношения следует подчинить ст. 319.1 ГК, что Пленум и делает. Допустим, у компенсанта есть требование к компенсату на 1000, а также у него имеется два просроченных необеспеченных долга по оплате партии печенья со сроком платежа 1 июля и пирожных 7 октября, каждое в размере 1000. В декабрьском заявлении о зачете изъявлена воля на зачет, однако не указано, в счет какого долга, или указание неясно («зачитываю в счет своего долга за кондитерские изделия»). Применение ст. 319.1 ГК вносит определенность: зачет прекращает обязательство по оплате печенья, поскольку срок его исполнения наступил раньше. Продавец кондитерских изделий не может возразить против такой импутации.

Этот абстрактный казус решается более или менее просто. Сложнее обстоит дело, если произвести в нем инверсию активного и пассивного требований. Допустим, что продавец кондитерских изделий из нашего примера делает заявление о зачете

своего долга по требованию оплаты пирожных. Кажется, что его *vis-à-vis* предпочел бы, чтобы был погашен более задавненный долг по оплате печенья. Для усиления иллюстративности добавим, что по долгу об оплате печенья постановлена весомая неустойка, а по пирожным — нет. Вынужденный выбирать должник, стесненный в деньгах, скорее предпочел бы прекратить просрочку по обязательству с неустойкой и остаться должным по обязательству без неустойки. Но в приведенном примере он лишился бы своего секундарного права, что не может быть оправдано.

Разъяснение Пленума выглядит несколько неопределенным, ибо там сказано, что положения ст. 319.1 ГК должны учитываться при зачете. Но каким именно образом их следует учитывать судьям, не уточняется. Логически можно обосновать несколько решений, из которых следует выбрать лучшее. Зачет по существу представляет собой не только погашение собственного долга компенсанта, но и принуждение к исполнению компенсата, и если бы последний мог выбирать, он выбрал бы то, что выгодно ему. Законодатель, предусмотрев, что должник определяет импутацию платежа, тем самым защищает его интерес в этом. Поэтому кажется, что в приведенном случае надо дать компенсату право произвести переатрибуцию (реимпутацию) зачета и сделать без промедления заявление с указанием, что подлежит прекращению долг по оплате печенья (концепция заявительной переатрибуции). Также гипотетически можно помыслить такую концепцию, согласно которой в силу действия правопорядка (ст. 319.1 ГК) прекратится не то обязательство компенсанта, о котором заявлено компенсантом, а то, которое соответствует названной норме (концепция законной переатрибуции). Последнее, однако, не очевидно.

Технически в этих случаях получится, что должно прекратиться требование, по которому о зачете не заявлялось, и, наоборот, не прекратится то, по которому о зачете заявлено, что не соответствует воле компенсанта. Оппозицию также может составить соображение о том, что как только у компенсанта созрело право на зачет, он мог бы сделать соответствующее заявление, погасив тем самым свой долг по оплате печенья, но он не порадел о своем интересе. Таким образом, он вручил импутацию в руки своего контрагента. Этот подход стимулировал бы не затягивать с заявлением о зачете (концепция перехода права на импутацию). Впрочем, и здесь все не очевидно, ибо неясно, насколько требуется стимулировать своевременное заявление о зачете, и даже если требуется, то непонятно, достаточно ли этого для отступления от общего правила защиты интереса должника в определении того долга, который он желает погасить. Кроме того, при соответствующей асимметричной зачетной перфекции компенсат и вовсе лишится защиты своего интереса, ибо, по существу, может оказаться принужденным погасить свой недавний долг, не имея возможности задействовать зачет ввиду отсутствия перфекции по своему требованию. Поэтому мотив стимулирования своевременного зачета тут вовсе отпадает.

Но в концепции заявительной переатрибуции (реимпутации), помимо изложенного выше, есть еще один существенный недостаток: компенсат, получив заявление о зачете, не соответствующее ст. 319.1 ГК, вынуждается к активному действию, и на него ложится риск упущения в реимпутации. Когда бы должник платил или сам делал заявление о зачете, было бы справедливым не только дать ему право на импутацию, но связать с нереализацией этого права те последствия, что будут при-

менимы положения ст. 319.1 ГК, но никак не последствия, противоречащие ей. Здесь же получается, что коль скоро компенсат не произвел без промедления реимпутацию, он подвергается произвольному выбору компенсанта, что никак не соответствует намерению законодателя, обозначенному в ст. 319.1 ГК. Концепция переатрибуции способна необоснованно потревожить спокойствие компенсата. Это видно, если рассмотреть договорный зачет. Если бы компенсат направил контрагенту оферту о производстве зачета с отклонением от правил ст. 319.1 ГК, последний в силу принципа автономии воли мог бы просто проигнорировать ее, не опасаясь никаких негативных последствий.

Изложенное подвигает нас отыскать иное решение. В этом аспекте, видимо, можно было бы считать противоречащий ст. 319.1 ГК односторонний зачет ничтожным, чтобы не затрагивать защищаемый интерес лица с несколькими долгами, а также не навязывать реимпутацией компенсantu тот результат, которого он не желал (концепция ничтожности). Тогда придется признать, что интерес последнего можно реализовать только по соглашению с контрагентом посредством договора о зачете. При этом такой договор может быть заключен, если в ответ на заявление о зачете с намерением прекратить долг, который не подлежал бы прекращению в соответствии со ст. 319.1 ГК при платеже, последует надлежащий акцепт (концепция фингированной оферты).

Эта концепция, в свою очередь, может быть подвергнута критике, поскольку в ничтожной сделке зачета нам приходится эвентуально усмотреть надлежащую оферту на договорный зачет, тогда как намерения мнимого компенсанта в этом не заключались. Кроме того, в этой концепции появляется своего рода кошка Шрёдингера, когда сделка одновременно и ничтожна (как зачет), и действительна (как оферта на договорный зачет). Достаточно ли нам для одобрения этой юридической «когерентной суперпозиции» того обстоятельства, что компенсат желал зачета в соответствующей очередности и получил его за счет договорного зачета, а не так, как он хотел (по односторонней сделке)? Не всё ли равно, каким образом он получил желаемое, — по односторонней сделке или по договору? Конечно, ситуация упростится, если стороны просто заключат договор о взаимном прекращении обязательств с отклонением от импутации (концепция ординарного договора), предусмотренной ст. 319.1 ГК, равно как если в ответ на незаконное заявление о зачете, противоречащее названной норме, должник (несостоявшийся компенсат) сам сделает заявление о зачете, которое будет соответствовать намерению несостоявшегося компенсанта (концепция замещения незаконного зачета законным). Однако нам нужно решение и для того случая, когда компенсат просто соглашается с зачетом, не соответствующим ст. 319.1 ГК. Можно было бы порассуждать о конвалидации незаконной сделки зачета соглашением компенсанта, но позитивное право не дает нам для этого никакой опоры (концепция конвалидации). Конструкция ст. 319.1 ГК выстроена таким образом, что атрибуция производится либо волей должника, либо действием правопорядка при отсутствии воли должника.

Какое бы обоснование ни казалось бы нам более удачным теоретически, практически картина должна выглядеть следующим образом. Заявление о зачете не должно противоречить ст. 319.1 ГК и нарушать право должника определить долг, который прекращается зачетом. Заявление о зачете, противоречащее ст. 319.1 ГК, само по себе не влечет ремиссионного эффекта, а соответствующие обязательства

не прекращаются. Компенсат не обязан совершать реимпутацию, и его бездействие не влияет на правоотношения сторон — обязательства не прекращаются во все. Компенсат вправе согласиться с таким прекращением обязательств, которое следует из намерения заявителя о зачете. Получатель необязывающего заявления о зачете вправе сам заявить о зачете. В этих двух случаях соответствующие обязательства прекращаются зачетом.

**17. Зачет как односторонняя сделка (пункт 2 статьи 154 ГК РФ) может быть признан судом недействительным, в частности, по основаниям, предусмотренным главой 9 ГК РФ.**

### Комментарий

- (а) Это разъяснение не привносит ничего нового, как и предыдущее. То, что заявление о зачете является односторонней сделкой, является общим местом в доктрине и никем уже не опровергается<sup>40</sup>. Собственно, Пленум уже имел возможность высказаться об этом пять лет назад<sup>41</sup>. Если что-то является сделкой, то не требуется большого интеллектуального усилия, чтобы прийти к заключению о том, что возможно признание ее недействительной при наличии к тому законных оснований. Несмотря на словоупотребление Пленума, недействительной является именно сделка, а не результат зачета, поскольку последний просто не считается наступившим, если зачетная сделка ничтожна или признана недействительной судом, когда она была оспоримой. Результат зачета — это постобязательственное состояние сторон, которое не может признаваться недействительным. Оно либо есть, либо его нет. В этом аспекте в названном постановлении № 25 Пленум был точнее, когда в ряду односторонних сделок приводил *заявление* о зачете. Впрочем, нет оснований усматривать здесь содержательное различие между двумя постановлениями Пленума, оно, скорее, чисто стилистическое.

В признании судом зачетной сделки ничтожной нет большой необходимости, поскольку соответствующему лицу экономичней просто сослаться на эту ничтожность, например в своих возражениях. Равным образом указание на ничтожность зачета может быть положено в обоснование иска о взыскании. Например, если к зачету было предъявлено за давностью требование, что запрещено п. 3 ст. 199 ГК, то предъявленное к взысканию встречное требование не нуждается в снабжении его иском о признании зачетной сделки ничтожной. Истцу достаточно привести доказательства ее ничтожности, обосновав, что исковая давность к моменту заявления о зачете истекла. Вместе с тем суд не вправе отказать в рассмотрении иска о признании ничтожной зачетной сделки недействительной по мотиву нецелесообразности такого способа защиты своего интереса.

<sup>40</sup> См.: п. 13 письма № 65.

<sup>41</sup> «...Сделкой является волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (например, гражданско-правовой договор, выдача доверенности, признание долга, заявление о зачете...)» (п. 50 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; далее — постановление № 25).

Если компенсат считает, что у него отсутствует обязательство перед компенсатом, он (вопреки иному подходу в судебной практике<sup>42</sup>) может либо защищать свой нарушенный интерес, вчинив иск о признании ничтожной зачетной сделки недействительной, либо просто вчинить иск о взыскании. Выбор способа защиты принадлежит управомоченному лицу, чьи права или законные интересы нарушены. Этот вывод применительно к зачету может быть сделан, правда, скорее, косвенно, из системного анализа названных разъяснений в постановлении № 25, а также комментируемого положения.

- (б) Зачетная сделка не подлежит исполнению, поскольку она не является правопродолжающей, а относится к правопрекращающим (ремиссионным) сделкам. Отсюда признание (объявление) зачетной сделки недействительной не влечет реституции (возврата полученного по недействительной сделке), ибо стороны физически ничего по такой сделке не получали. Важно принимать во внимание, что по общему правилу, как и при всякой недействительности сделки, зачетная сделка рассматривается таковой с самого начала, т.е. с ретроактивным эффектом, причем даже если она оспорима. Зачетная сделка является недействительной, т.е. не влекущей правовые последствия, на которые она была направлена, не тогда, когда суд сделал суждение о ее ничтожности или также вступило в законную силу решение суда о признании оспоримой сделки зачета недействительной, а тогда, когда она была совершена. Такое понимание с практической точки зрения может быть особенно важно в целом ряде случаев, например для определения судьбы акцессорного обеспечения, которое не прекращается вследствие недействительности зачета. Недействительный зачет не влечет прекращения обязательств. В этом смысле лицо, предоставившее обеспечение по обязательству, при анализе своего обязательства или обременения на своем имуществе должно учитывать, соответствует ли закону заявление о зачете, причем независимо от того, кто именно заявил о зачете. Здесь присутствует риск ошибочной квалификации прекращения обязательства зачетом, когда заявление о нем окажется недействительным.

Несмотря на то, что Пленум ссылается на основания недействительности, предусмотренные главой 9 ГК в целом, прежде всего имеются в виду составы, установленные § 2 этой главы. Кроме того, следует учитывать, что не все составы названного параграфа подходят к зачетной сделке. Так, едва ли здесь подойдут ст. 169, 173 ГК. Также ясно (и на это косвенно указано в разъяснении), что зачетная сделка может быть опорочена и по другим основаниям, предусмотренным законодательством.

Известной особенностью будет обладать недействительность атипичного зачета (см. комментарий к п. 11), поскольку ее последствия означают не только прекращение обязательства кредитора перед третьим лицом, но и отсутствие суброгации.

- (в) В связи с недействительностью зачетной сделки уместно упомянуть, что если бы мы обладали должной судебной статистикой, то она, возможно, показала бы бесспорное лидерство оспоримых сделок зачета в области банкротства. Было бы на-

<sup>42</sup> «Оспаривание лицом, получившим заявление о зачете, наличия неисполненного им обязательства, требование из которого было предъявлено к зачету, не может рассматриваться в качестве основания для признания заявления о зачете как односторонней сделки недействительным» (постановление Президиума ВАС РФ от 07.02.2012 № 12990/11).



стоящим прорывом, если бы Пленум решился на толкование *contra legem* и допустил зачет в тех случаях, когда прекращение обязательств наступает за пределами соответствующих периодов подозрительности. Но Верховный Суд пока предпочитает развивать судебную доктрину сальдирования, которая, быть может, и лучше, чем ничего, но в долгосрочной перспективе уводит нас в сторону, откуда рано или поздно нашей юриспруденции придется возвращаться к нормальности, отбросив ложные сущности.

**18. В случаях, предусмотренных статьей 411 ГК РФ, зачет не влечет юридических последствий, на которые он был направлен, в частности, если зачет противоречит условиям договора либо по активному требованию истек срок исковой давности. При истечении срока исковой давности по активному требованию должник по нему, получивший заявление о зачете, не обязан в ответ на него сообщать о пропуске срока исковой давности кредитором (пункт 3 статьи 199 ГК РФ). В то же время истечение срока исковой давности по пассивному требованию не является препятствием для зачета.**

## Комментарий

- (а) Односторонний характер зачета с неизбежностью игнорирует волю одной из сторон. В подавляющем большинстве случаев законные интересы компенсата не могут быть затронуты зачетом, что обосновано выше. Однако в некоторых случаях такие интересы могут нарушаться, а потому законодатель встает на их защиту, устанавливая так называемые негативные предпосылки зачета или основания его недопустимости. Юридическим препятствием зачета выступает либо договор, либо закон. Общие запреты зачета установлены в ст. 411 ГК, специальные случаи могут предусматриваться в иных законах. Например, при возврате застройщиком денежных средств в случае его одностороннего отказа от исполнения договора зачет требований по уплате участником долевого строительства неустойки (пеней), предусмотренной Федеральным законом или договором, не допускается (ч. 7 ст. 9 Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»). Здесь, видимо, зачет недоступен только застройщику, но не участнику долевого строительства (асимметричная зачетоспособность).

Все буквально поименованные в ст. 411 ГК случаи недопустимости зачета порождают асимметричную зачетоспособность, поскольку только одна сторона вправе заявить о зачете, тогда как другая такого права не имеет (мы не берем случай, когда требования обеих сторон задавнены, — ни одна из них по букве закона не вправе заявлять о зачете, что, впрочем, небесспорно). При этом в самой норме, по нашему мнению, в отношении названных случаев (кроме задавненного требования) нарушена юридическая техника, поскольку следовало бы говорить о недопустимости прекращения зачетом названных видов обязательств, а не требований.

Констатация асимметричной зачетоспособности справедлива, если патернализм не пойдет еще дальше и не запретит заявлять о зачете лицам, имеющим право на

возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, на пожизненное содержание и на алименты. Например, кроме крайнего патернализма, нет разумных причин запрещать кредитору по алиментному обязательству заявить о зачете этого его требования в счет обязательства перед алиментным должником. А вот обратное в результате умеренного патернализма не допускается: обязанное к уплате алиментов лицо, имея к алиментному кредитору встречное однородное перфектное требование, не может произвести зачет. Последнее, с очевидностью, объясняется интересом алиментного кредитора к получению текущей наличности с целью удовлетворения своих повседневных нужд. Однако алиментным кредиторам в определенных случаях было бы удобно воспользоваться техническими преимуществами зачета. Все это справедливо и для некоторых других опекаемых законодателем субъектов. Обратный подход мог бы поставить льготных кредиторов в невыгодную правовую позицию и причинить им вред вместо пользы. Представим, что алиментный кредитор является также и должником своего *vis-à-vis*. Он имеет опасения, что задолженные алименты реально уплачены не будут. Если он будет лишен права на зачет, получится, что он свой долг обязан уплатить и понести риск неисправности алиментного должника.

Кроме приведенных аргументов, сторонникам крайнего патернализма, которые склонны не допускать зачета даже по инициативе опекаемого законодателем лица, видимо, надо быть последовательными и не допускать договорный зачет, прощение долга или прекращение обязательства по иным основаниям, неизвестным закону. Все это кажется совершенно необоснованным и вредным.

- (б) Юридическим последствием нарушения запретов, установленных в соответствии со ст. 411 ГК, является ничтожность зачетной сделки. Пленум по неясной нам причине предпочитает не говорить об этом прямо, используя выражение «зачет не влечет юридических последствий, на которые он был направлен». Быть может, таким образом акцентируется внимание на том, что в оспаривании ничтожного зачета нет необходимости. Спокойствие лица, получившего незаконное заявление о зачете, юридически не может быть потревожено. Последнее верно, но это верно и для любой другой ничтожной сделки.
- (в) Пленум прежде всего упоминает такое юридическое препятствие для зачета, как договор. Причем делается это довольно тонко («...если зачет противоречит **условиям** (здесь и далее в цитатах выделено нами. — С.С.) договора...»). При этом следует учитывать, что при наличии в договоре запрета на зачет таковой будет ничтожен.

Условия договора могут и не запрещать зачет тотальным образом, но вводить его в определенные рамки, обставлять некоторыми условиями, которым зачет не должен противоречить. Сторонами может быть определен круг зачетоспособных или, наоборот, незачетоспособных требований (например, ограничение зачета по охранительным требованиям), установлены сроки для заявления о зачете (скажем, не ранее конкретного периода), введена особая форма или ее разновидность для заявления о зачете (к примеру, только электронная) или поставлены рамки для суммы зачета (допустим, исключение зачета на определенные мелкие суммы) и т.д. Устанавливая какие-то условия для зачета, стороны тем самым сужают вторичное право. Ограничения права на зачет могут быть асимметричны, т.е. устанавливаться

только для одной стороны. При этом надо признать, что случаи ограничения или запрета зачета не так уж распространены на практике.

- (г) В качестве примера ничтожного в силу нарушения законодательного запрета заявления о зачете Пленум выбирает случай предъявления к зачету требования, пораженного исковой давностью. Тем самым он подтверждает сформировавшуюся почти двадцать лет назад арбитражную практику<sup>43</sup> и, соответственно, экстраполирует ее и на суды общей юрисдикции. Известно, что в этом вопросе могла бы быть избрана другая теоретически оправданная модель, когда сторона, получившая заявление о зачете, основанное на задавненном активном требовании, может защищаться возражением о давности, но для этого должна адресовать возражение по давности (*exceptio temporis*) не суду, а заявителю зачета (концепция возражения). Недостаток этой концепции, отвергнутой российской юриспруденцией, заключается в том, что спокойствие безупречного лица может быть легко потревожено лицом, не порадевшим о своевременной защите своего нарушенного права. Ведь исковая давность для того и нужна, чтобы обеспечить наше спокойствие в настоящем, не допустив вторжение в него застарелого прошлого. При этом свобода лица, желающего прекратить свое задавненное требование зачетом, нашим подходом никак не колеблется, ибо договорное его прекращение вполне допустимо. Если же у такого лица (компенсанта) есть расчет на невнимательность и нерасторопность контрагента (ведь при зачете, в отличие от иска, к суду не привлекают), то это едва ли заслуживает уважения правопорядка. Объективности ради надо заметить, что концепция ничтожности, пусть и в редких случаях, также может обнаруживать некоторые недостатки, с которыми бы легко справилась концепция возражения (например, когда срок исковой давности истекает по требованию после заявления о зачете в условиях предзачета; см. комментарий к п. 13). Но предполагаемая статистика названного случая и обычных попыток заявить о зачете по задавненному требованию, наверное, позволит отдать предпочтение концепции ничтожности.

Пленум видит обоснование ненужности возражения против зачета задавненного требования в положении п. 3 ст. 199 ГК, из которого следует запрет одностороннего действия, направленного на осуществление права (в том числе прямо названного права зачета), срок исковой давности для защиты которого истек. Однако данная норма адресована не получателю заявления о зачете, хотя и защищает его интерес, а отправителю. Если одно лицо нарушает установленный законом запрет, это вовсе еще не означает, что для защиты своего права или законного интереса другому лицу нет необходимости что-либо предпринимать. Впрочем, при известном интеллектуальном напряжении можно было бы вывести право на спокойствие также из п. 3 ст. 199 ГК, по крайней мере какого-то вреда в этом не усматривается. Отсутствие необходимости возражать против названного заявления на самом деле проистекает из того, что согласно ст. 411 ГК задавненные требования отнесены законодателем к незачетопригодным.

До реформы ст. 411 ГК содержала такое словесное выражение, которое могло бы поддержать отвергнутую концепцию возражения. Там было сказано, что не допускается зачет требований, «если по заявлению другой стороны к требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек». Можно было бы

<sup>43</sup> См.: п. 10 письма № 65.

понять это положение таким образом, что заявление делается стороне с активным заданенным требованием. Однако российской законодательной традиции незнакомо применение давности субъектом гражданского оборота: применение давности — исключительная прерогатива суда. Отсюда известные случаи направления обладателем пассивного требования заявления о применении исковой давности в суд, что весьма удивляло судей, поскольку они не знали, куда его приладить, ведь никакого дела в суде не было. Последствием реформы стало исключение из ст. 411 ГК соответствующих слов, ненужных для избранной судебной практикой концепции ничтожности.

Действующая редакция содержит норму о том, что не допускается зачет требований, по которым истек срок исковой давности. Иногда в такой измененной редакции видят изъян, поскольку она якобы наводит на мысль, что о зачете не может быть заявлено и против заданенного требования, т.е. когда требование компенсанта не поражено исковой давностью, а пассивное требование имеет такой изъян (зачет незаданенного требования против заданенного). Отсюда будто бы протекает опасность заблуждения в правильном понимании истинного положения вещей. Оснований для такого понимания не имеется, а страхи опасности беспочвенны. Если взять законодательную конструкцию зачета, установленную в ст. 410 ГК, мы увидим приводившуюся уже ранее формулу: зачетом требования прекращается обязательство. Здесь, с очевидностью, говорится об активном требовании (т.е. требовании заявителя зачета к адресату такого заявления), поэтому, когда в ст. 411 ГК фигурирует запрет зачета требования, по которому истек срок исковой давности, ничего другого, кроме активного требования, под ним понять просто невозможно. Кроме того, заблуждение может возникнуть только тогда, когда отбрасывается системный метод толкования закона, ибо из п. 3 ст. 199 ГК с однозначностью следует запрет одностороннего действия, направленного на осуществление права (в том числе прямо названного зачета), срок исковой давности для защиты которого истек. Видимо, именно тем, кто утратил методологию системного толкования законов, и адресуется разъяснение Пленума.

Поскольку зачет является суррогатом исполнения, заявление о зачете против пассивного заданенного требования должен допускаться. Так же как всякий должник вправе произвести исполнение по заданенному к нему требованию, всякий компенсант может прекратить обращенное к нему заданенное требование зачетом собственного, незаданенного. Никто не обязан защищаться ссылкой на давность и вправе уважить натуральное притязание. Примечательно, что в последнем случае заданенное пассивное требование в одну и ту же юридическую секунду перестанет быть заданенным в силу п. 2 ст. 206 ГК (письменное признание заданенного долга) и тут же прекратится зачетом. Получается, что заданенное пассивное требование никогда не прекращается зачетом, но истечение срока исковой давности по пассивному требованию не является препятствием для зачета. И здесь нет никакого противоречия. Конечно, придержав на одну секунду эффект письменного признания долга и выпустив на ту же секунду вперед ремиссионный эффект, можно получить обратное, когда заданенное требование прекратится зачетом, не успев восстановить всю полноту судебной защиты. Однако едва ли это будет соответствовать нормативному регулированию, ведь если законодатель снабдил действие двумя юридическими последствиями, мы не вправе произвольно отбросить одно из них.

Впрочем, какого-либо практического различия в этих подходах пока не просматривается, разве что не обратиться к договору об отмене зачета, который, однако, пребывает в области *terra incognita* российской цивилистики и в котором, судя по всему, в обороте нет широкой насущной потребности. Еще одно практическое направление — это рассуждение о последствиях недействительности зачета, которое может считаться актуальным при условии, что признание долга переживает саму недействительность зачета (см. комментарий к п. 19). Если признание долга не акцессорно заявлению о зачете, то недействительность зачета не препятствует обновлению давности, хотя бы эти действия и соединились внешне в одном.

Некоторые незачетоспособные требования могут стать зачетоспособными. Следовательно, если сделанное ничтожное заявление о зачете не влечет ремиссионного эффекта, то после преобразования соответствующего требования в зачетоспособное нет никаких препятствий для нового заявления, которое уже окажется надлежащим. Например, если по активному требованию будет восстановлена давность на основании письменного признания долга (п. 2 ст. 206 ГК), требование окажется зачетоспособным. При этом для конвалидации ничтожной зачетной сделки вследствие дальнейшего восстановления исковой давности закон оснований не дает, поэтому требуется новое заявление о зачете. В этом отношении некоторые сомнения с точки зрения практичности и справедливости может возбудить такой случай, когда в ответ на зачет по заданному требованию компенсат направляет в письменном виде возражение против размера требования компенсанта, считая его меньшим. Утверждение по формуле «Я должен не 100, а 50» формально-логически есть признание долга на 50. Однако на момент получения заявления о зачете давность еще не была восстановлена. Спасительным для компенсанта в таком случае, видимо, может оказаться лишь принцип добросовестности, способный парализовать ссылку на ничтожность зачетной сделки (п. 5 ст. 166 ГК).

Если заявление о зачете по заданному требованию сделано ответчиком в виде исключения в суде, истец вправе обосновать юридическую непригодность возражения ответчика вследствие ничтожности зачетной сделки, но не обязан ссылаться на пропуск исковой давности. Если в материалах дела имеются надлежащие доказательства истечения исковой давности по встречному материальному требованию ответчика, суд обязан отклонить компенсационное возражение (*exceptio compensationis*) ответчика по собственной инициативе. Для зачета истечение давности по активному требованию имеет самостоятельное и достаточное юридическое последствие без какого-либо заявления об этом. Совсем иначе обстоит дело со встречным иском. Даже если он направлен к зачету первоначального иска, ответчик по встречному иску, если он желает защищаться давностью, должен сделать соответствующее заявление.

- (д) Реагируя на актуальную судебную практику, Пленум обоснованно обращается к проблематике зачета заданных требований, и при этом он избегает рассмотреть соответствующее правовое явление шире. Мы же можем себе это позволить. Обязательство с заданным притязанием принято относить к натуральным обязательствам. И это лишь один из представителей данного рода обязательств. Натуральные обязательства выделяются главным образом тем, что их судебная защита ослаблена, обязательство в некотором смысле не является полноценным, а *vinculum juris* здесь весьма тонка. Кредитор по такому обязательству при попытке судебной

защиты своего права может быть остановлен возражением должника. Поскольку заявление о зачете — это не только суррогат исполнения своего обязательства, но и *de facto* принуждение другой стороны к исполнению, зачет натурального требования не должен допускаться. Компенсат при ординарном зачете к суду не призывается, а потому спокойствие его повседневности оберегается российским правом более тщательным образом, возражать против зачета натурального требования нет необходимости. Такое заявление о зачете является ничтожной сделкой. Сказанное позволяет экстраполировать подход Пленума в отношении зачета заданного требования и на другие требования по натуральным обязательствам, например натуральные требования из соответствующего пари. Последнее имеет смысл, если п. 1 ст. 1062 ГК о не подлежащих судебной защите требованиях, связанных с организацией игр и пари, понимать в том смысле, что отказ в судебной защите следует только при заявлении об этом ответчиком.

Ретроактивность зачета иногда рассматривается в литературе в качестве основания допустимости заданных требований, а подходы закона и судебной практики непоследовательны. Здесь принимают во внимание, что в момент прекращения обязательств зачетом активное требование еще не было заданно. Между тем обосновать допустимость зачета заданным требованием ретроактивностью затруднительно. Возможно, сложность в правильном понимании положения дел заключается в том, что и ретроспективность, и давность относятся к феномену времени, а человеку непривычно оперировать изменением времени, ибо физически это ему недоступно. Дело в том, что заявление о зачете — это не только прекращение своего обязательства, но и принуждение к исполнению чужого обязательства. Иными словами, это то же самое, что и присуждение. Лицо, получившее заявление о зачете, основанное на заданном требовании, находится ровно в таком же положении, что и ответчик по заданному иску. Его защита правом порядком давностью базируется на представлении о том, что доказательства давних событий утрачены, что длительная нереализация требования ставит под сомнение само наличие требования, что суд рискует принимать в таких случаях несправедливые решения. Действие времени неумолимо. Тот факт, что срок исполнения обязательства наступил в прошлом и в то время требование не было заданно, ровным счетом ничего не меняет. Ведь и при взыскании срок исполнения наступил в прошлом, но это не отменяет применения давности.

- (е) Давая разъяснения о ничтожности зачета, когда он противоречит ст. 411 ГК, Пленум останавливается в качестве примера на двух рассмотренных выше случаях (противоречие условиям договора и зачет по заданному требованию). При этом он не касается ситуаций, когда зачет не допускается по закону, но не буквальным образом. Иными словами, закон не содержит вообще какого-то указания на запрет зачета, однако последний именно запрещен (см. также комментарий «в» к п. 10 постановления). Это касается таких случаев, когда активное требование лишено принудительной перфектности (реализуемости в форме судебного принуждения), хотя бы срок по нему и наступил. Например, нигде в законе не сказано, что запрещается зачет требования о предоставлении кредита в счет какого-либо встречного однородного обязательства. Требование заемщика по кредитному договору о выдаче кредита, когда срок выдачи суммы кредита наступил, по всей видимости, обладает всеми тремя условиями, и зачет формально был бы возможен, если бы сам заемщик задолжал банку по иному основанию. Его требование является встреч-

ным, однородным и созревшим по сроку. Однако по воззрениям арбитражной практики зачет заемщику недоступен, а сделанное им заявление окажется ничтожной сделкой<sup>44</sup>. Дискуссия об обоснованности такого подхода, базирующегося на недопустимости втягивания в регулятивные кредитные отношения помимо воли обязавшегося, который отвечает только за убытки, в настоящем комментарии видится неуместной, и поэтому данный вопрос здесь не обсуждается.

**19. Если обязательства были прекращены зачетом, однако одна из сторон обратилась в суд с иском об исполнении прекращенного обязательства либо о взыскании убытков или иных санкций в связи с ненадлежащим исполнением или неисполнением обязательства, ответчик вправе заявить о состоявшемся зачете в возражении на иск.**

Кроме того, обязательства могут быть прекращены зачетом после предъявления иска по одному из требований. В этом случае сторона по своему усмотрению вправе заявить о зачете как во встречном иске (статьи 137, 138 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ), статья 132 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ), так и в возражении на иск, юридические и фактические основания которых исследуются судом равным образом (часть 2 статьи 56, статья 67, часть 1 статьи 196, части 3, 4 статьи 198 ГПК РФ, часть 1 статьи 64, части 1-3.1 статьи 65, часть 7 статьи 71, часть 1 статьи 168, части 3, 4 статьи 170 АПК РФ). В частности, также после предъявления иска ответчик вправе направить истцу заявление о зачете и указать в возражении на иск на прекращение требования, по которому предъявлен иск, зачетом.

## Комментарий

- (а) Первый абзац комментируемого пункта представляет собой тавтологию. Ясно, что если обязательство к моменту подачи иска прекратилось, то у соответствующего лица отсутствует субъективное гражданское право. Следовательно, его исковое притязание необоснованно, а у ответчика имеется возражение по неосновательности иска. Единственная особенность здесь может быть связана с ретроактивной премией, о которой в данном фрагменте разъяснения сказано нечетко: взыскание «убытков или иных санкций в связи с ненадлежащим исполнением или неисполнением обязательства». Это, однако, восполняется ясным разъяснением в п. 15. После прекращения обязательства с ретроактивным эффектом ни о каких возникших впоследствии убытках или иных санкциях говорить не приходится. Однако убытки, возникшие до прекращения обязательства, равно как и иные санкции, возникшие до ремиссии, подлежат взысканию. К этому разъяснению следует добавить, что если в деле имеются надлежащие доказательства прекращения обязательств зачетом, суд должен постановить соответствующее решение и при отсутствии возражения ответчика о состоявшемся зачете, поскольку у истца нет субъективного гражданского права. Более того, если ответчик в том или ином споре возражает против иска со ссылкой на существование обязательства, тогда как оно прекращено зачетом, против этой эксцепции истец имеет репликацию о состоявшемся ранее зачете.

<sup>44</sup> См.: п. 11 письма № 65.

Использованный Пленумом разделительный союз «*либо*», конечно, не вполне точен и должен читаться как «и (или)». В описанных Пленумом обстоятельствах сделанное им разъяснение обоснованно применить для трех случаев: 1) предъявление иска только об исполнении прекращенного обязательства; 2) предъявление иска только о взыскании ретроактивной премии, на которую имеет право ответчик, а не истец; 3) соединение двух названных требований. Кроме того, разъяснение также справедливо, вопреки буквально сказанному, не только когда с иском обратилась одна из сторон, но и в том случае, когда с иском обратились обе стороны.

- (б) Пожалуй, самым важным разъяснением Пленума в отношении зачета является кардинальное изменение сложившейся почти двадцать лет назад практики арбитражных судов относительно недопустимости заявления о зачете после предъявления одной из сторон иска по встречному однородному перфектному требованию<sup>45</sup>.

Материальное правоотношение, попав в юрисдикционную сферу, подвергается ее воздействию в той или иной степени. Исторически гражданское отношение вообще обновлялось (римская *litis contestatio* — судебная новация). Современные представления юристов изменились, и влияние процесса на материальное отношение теперь не столь радикально. Последнее тем не менее не означает, что процесс не оказывает никакого воздействия на правовые возможности сторон. Напротив, мы наблюдаем такое влияние во многих случаях. Процессуальное отношение обладает известной автономностью от материального отношения, главным образом ввиду имманентной формальности процесса. Поэтому чтобы соблюсти материальные интересы стороны гражданского правоотношения, требуется известная гармонизация с процессом, облечение материальных сущностей в «процессуальную одежду», без чего могут возникнуть нежелательные, а порой и драматические последствия.

Приведем примеры. Если, скажем, произошла уступка требования, уже подвергнутого судебной защите, понадобится процессуальное преемство, иначе в материальном правоотношении управомоченным окажется одно лицо, а в процессуальном — другое, что совсем нежелательно для первого. Если, допустим, стороны договорились об изменении основного обязательства, предоставив должнику отсрочку в исполнении просроченного обязательства, также подвергнутого судебной защите, то потребуются облечение этого соглашения в процессуальную форму — мировое соглашение, иначе отсрочка не сработает и процесс пойдет своим чередом. Если кредитор прощает долг, который он уже начал взыскивать в суде, то, чтобы не потревожить материального эффекта, ему следует отказаться от иска.

Но как же процесс воздействует на зачет? Если одна из сторон зачетоспособного правоотношения вчинила иск по своему встречному требованию, может ли другая сторона со встречным, однородным и перфектным требованием реализовать свое вторичное право и каким образом?

---

<sup>45</sup> Обязательство не может быть прекращено зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил, после предъявления иска к лицу, имеющему право заявить о зачете. В этом случае зачет может быть произведен при рассмотрении встречного иска, который принимается судом на основании п. 1 ч. 3 ст. 110 АПК РФ (п. 1 письма № 65).



До недавнего времени в арбитражной практике считалось, что потенциальный компенсат, оказавшийся ответчиком, более заявить о зачете не вправе, а может лишь предъявить либо встречный, либо отдельный иск. Это представление, видимо, можно объяснить тем, что при зачете компенсат не только как бы сам производит исполнение, но и принуждает другую сторону к исполнению, а последнее тождественно взысканию. Получалось, что коль скоро правоотношение в одной своей части уже стало предметом процесса, то и другая его часть (по встречному требованию) может развиваться только в процессуальной форме. Поскольку получение исполнения в процессуальной форме невозможно иначе, как удовлетворением иска, то компенсату ничего, кроме вчинения иска, не остается, ведь он, по существу, добивается присуждения, а для этого нужен иск.

Сильную оппозицию исковой теории составляла эксцепционная теория зачета. Ее сторонники прежде всего отталкивались от материального права, указывая на то, что законом зачет для обсуждаемого случая не запрещен. Что касается процессуального права, то наличие института встречного иска, в том числе предъявленного к зачету, не означает запрета зачета, поскольку нормы о встречном иске адресованы суду, который принимает такой встречный иск, если он направлен к зачету первоначального, и не более. Кроме того, в зависимости от достаточно случайного темпорального аспекта стороны оказываются в различном положении: успевший заявить о зачете до вчинения ему иска оказывается в лучшем положении, чем менее расторопный компенсат. Но, кажется, самый сильный аргумент этой теории основан на том, что, как уже не раз указывалось, зачет есть суррогат исполнения. Если должник может процессуально обессилить иск своим исполнением, то почему он не способен к тому же зачетом? Рассуждения о государственной пошлине (в том числе в аспекте неравенства сторон), об увеличении доказательственной базы, о *de facto* присуждении без иска и некоторые другие аргументы отбрасывались сторонниками этой теории как несущественные.

Эта теория не противоречит и представлению о необходимости соблюдения процессуальной формы, коль скоро отношения сторон оказались предметом деятельности суда. Зачетная эксцепция (*exceptio compensationis*) и есть процессуальная форма реализации материального права, никакой нежелательной рассинхронизации материальной и процессуальной сфер здесь не происходит. Легко привести также исторический аргумент, ведь первоначально, когда еще обсуждали саму допустимость процессуального зачета, он утвердился именно в виде эксцепции — отсюда и технический термин.

Кроме того, эксцепционная концепция с легкостью разрешает затруднения специальных случаев зачета, например при уступке. В случае если цессионарий предъявляет иск к должнику, имевшему право на зачет против cedenta, необходимо согласно ст. 412 ГК защитить реализацию секундарного права должника на зачет. Но если предъявлен иск, то в соответствии с исковой концепцией должник может вчинить только встречный иск, чтобы воспользоваться преимуществами зачета, однако ему нечего взыскивать с цессионария, ибо у последнего нет долга перед компенсатом. Концепция зачетной эксцепции легко справляется с этой задачей, ибо должнику доступно возражение о зачете в этом процессе. Конечно, можно попытаться защитить интерес должника при уступке требования и в рамках концепции встречного иска, но для этого придется выстроить весьма ажурную про-

цессуальную конструкцию. Если должник по уступленному праву не признает это притязание (полностью или в части), то заявление о зачете в виде возражения по иску цессионария его не может устроить (последнее критично в том случае, если зачет всегда есть признание долга). В такой ситуации ответчику по иску цессионария следует вчинить встречный иск, но не к цессионарию, а к цеденту (получается какой-то асимметричный встречный иск). Рассмотрев требования цессионария и найдя их полностью или частично обоснованными, а также при условии обоснованности иска к цеденту суд, удовлетворив их, производит зачет. В результате достигается тот же результат, который и преследует законодатель в ст. 412 ГК.

Не затрагивая теоретическую часть, комментируемое разъяснение не оставляет сомнений в развороте нашей практики в сторону допустимости зачетной эксцепции или возражения о зачете. Из текста следует, что, по мысли Пленума, компенсат (ответчик) может действовать двояко. Во-первых, он вправе направить обычным порядком заявление о зачете истцу, а затем возражать в суде против иска, ссылаясь на последствия прекращения обязательства. Здесь материальный акт (сделка зачета) отъединен от процессуального акта (эксцепции). Во-вторых, компенсат вправе заявить о зачете в самой процессуальной эксцепции. Здесь в одном юридическом акте процессуального характера, направленном как суду, так и истцу, технически соединяются два акта — материальный (зачетная сделка) и процессуальный (возражение на иск), которые подлежат, конечно, аналитическому разграничению. Это деление может предоставить больше удобств компенсанту (ответчику), например если материальные и процессуальные полномочия не совпадают. Ведь процессуальный представитель может и не иметь полномочий на совершение от имени представляемого зачетной сделки, равно как уполномоченный на сделку может не иметь процессуальных полномочий.

- (в) Пленум указывает, что сторона по своему усмотрению вправе заявить о зачете как во встречном иске, так и в возражении на иск, сформулировав тем самым весьма небесспорный, а может, даже ошибочный подход. Дело в том, что предъявление встречного иска не является зачетной сделкой. Встречный иск, равно как и отдельный иск, есть требование о присуждении по обязательству (взыскание). Он обладает достаточной автономией, что с очевидностью следует из того, что в удовлетворении такого требования нельзя отказать, если окажется, что первоначальный иск не обоснован ввиду отсутствия у истца материального права. При встречном иске зачет производится судом посредством резолютивного присуждения сложившегося сальдо одному из истцов. Надлежащему заявлению о зачете всегда имманентно присуще признание собственного долга, поскольку для типичного зачета наличие двух требований и двух обязательств является *conditio sine qua non*, без этого никакого зачета вообще невозможно представить — это существо законодательной конструкции. Здоровая воля не может желать зачета и при этом одновременно не признавать своего долга. Ведь зачет — это прекращение обязательства зачетом требования. Если обязательство не признается, то и прекращать нечего.

Конечно, можно себе представить ситуацию, когда компенсат долга не признает, но не хочет входить в контroversы по этому поводу и представляет дело так, что зачитывает свое требование против несуществующего долга, стремясь избавиться таким жертвенным образом от назойливого мнимого кредитора. Но эта психологическая девиация поколебать существо законодательной конструкции не может,

ибо поведенческие особенности сущности не меняют. Сделка в этом случае ничтожна как противозаконная.

Особняком стоит такая ситуация, когда ответчик, не признавая иск, но допуская, что не удастся доказать его необоснованность, заявляет условную эксцепцию, с тем чтобы обязательства прекратились зачетом на случай его процессуального фиаско. Впрочем, последнее возможно при условии, что наша практика признает допустимой такой вид эксцепции (подробнее см. п. «е» ниже).

Можно предположить, что в действительности Пленум никакой ошибки не допускал, а намеренно указал на заявление о зачете во встречном иске. Зачем это могло понадобиться? Возможно таким, пусть и не самым элегантным, образом вводится фикция зачета, чтобы обеспечить действие ретроактивности для случая удовлетворения как первоначального, так и встречного иска. Если ретроактивность жестко привязывается к сделочной природе зачета, то исковая концепция не способна обеспечить такой эффект. В этом смысле «французский зачет», или идея *ipso jure compensare*, объясняет ретроактивность более убедительно, чем «германский зачет», но ведь во «французском зачете» как раз нет сделки, там только процессуальная эксцепция.

Ретроактивность, таким образом, базируется не на сделке. Как раз наоборот, исторически она связана совсем с другой концепцией. Коль скоро обязательства прекращаются в силу закона в момент их совпадения (взаимного покрытия), то без ретроактивности не обойтись (а точнее, тут надо говорить о возражении на основании состоявшегося в прошлом зачета). В ситуации же со встречным иском ситуация искажается, ведь процессуально зачет есть следствие удовлетворения обоих исков, а следовательно, обязательства не прекратились, иначе не было бы основания для взыскания. Если быть последовательным и обнаруживать ретроактивность при судебном зачете, то в исках следовало бы отказать по тому мотиву, что обязательства, положенные в основания иска, прекратились в момент их совпадения в прошлом. Но судебный зачет стоит на удовлетворении обоих исков и выведении судом сальдо, которое и присуждается в пользу одной из сторон. Логически обосновать здесь ретроактивность весьма затруднительно.

Тут возникает вопрос правовой политики, который начинает конкурировать с юридической техникой. Насколько справедливо поставить стороны в различное правовое положение при тождественности экономических отношений? Получается, что если о зачете было заявлено (причем неважно, какой стороной), то ретроактивный эффект имеется, если же при тех же экономических обстоятельствах удовлетворены соответствующие иски, то ретроактивности нет. Объяснить это различие с помощью юридической техники легко, если мы будем опираться исключительно на теорию воли: соответствующая сторона, предъявив иск, не захотела получить ретроактивную премию, и это ее дело (в современных российских реалиях это предположение нереалистично, ибо в большинстве случаев эта сторона вообще ничего не знала про ретроактивность, но надо смотреть в будущее с надеждой на повышение профессионализма юристов). Контroversы в адрес ретроактивности при исковой концепции можно продолжать с точки зрения психологической теории права. Коль скоро ответчик вчиняет встречный иск, он не признает обоснованным первоначальный иск (иначе проще было бы заявить за-

четную эксцепцию), следовательно, ретроактивная премия несправедлива, ведь она обосновывается также и тем, что последствия просрочки после совпадения не должны иметь значения, поскольку каждая из сторон могла не считать себя должной в совпавшей части встречных однородных притязаний. Здесь этот аргумент непригоден, несогласный с первоначальным иском ответчик не мог так считать, так как встречности в его представлении не было. Тот факт, что впоследствии суд установил обратное (наличие встречности), прошлого его отношения не меняет.

Так или иначе, ссылка Пленума на зачетную сделку, помещенную «внутри встречного иска», скорее говорит в пользу ретроактивности при судебном зачете. Быть может, стремление судей дать «равному за равное» побуждает их предоставить ретроактивную премию и при судебном зачете? Иными словами, на первое место ставится тождество экономического отношения, а не волевые или психологические аспекты, обрамляющие это отношение. Другое дело, что обнаружение ретроактивности в судебном зачете совсем не обязательно связывать с зачетной сделкой.

Молчание позитивного права в отношении ретроактивности открывает простор для судебного правотворчества и применения доктрины, в том числе и политики права. Прямого применения принципа равенства было бы вполне достаточно для обоснования ретроактивности при судебном зачете. Надо заметить, что в практике ВС ретроактивность судебного зачета признавалась и ранее<sup>46</sup>, что, возможно, и предопределило подход Пленума (хотя приведенный в Обзоре пример не очень подходит для тезиса Обзора). Соединение этих двух источников (постановления Пленума и постановления Президиума) тем не менее с практической точки зрения дает основание для вывода об утверждении в российской юриспруденции судебной доктрины ретроактивности судебного зачета, несмотря на доктринальную дискуссионность этого вопроса. Впрочем, стоит обратить внимание и на то обстоятельство, что судебная практика о ретроактивности судебного зачета формировалась еще до принятия комментируемого постановления, которым открыта дорога зачетной эксцепции. Если предположить, что такая практика только на том и базировалась, что указанная эксцепция была недоступна ответчику, а потому судьи считали необходимым уравнивать права на зачет, то нельзя исключать разворота практики по вопросу ретроактивности судебного зачета. Ситуация с подходом нашей судебной практики была бы яснее, если бы Пленум прямо указал на наличие или отсутствие ретроактивности судебного зачета, но он этого не сделал.

- (г) Исковая концепция зачета имела то преимущество, что она не порождала целого ряда вопросов, которые с неизбежностью возникнут или обострятся в лоне теории зачетной эксцепции. Некоторые из них можно предвидеть заранее и поискать ответы на них.

Как уже указывалось, ординарный зачет означает признание долга компенсантом и по-другому просто быть не может. Напротив, встречный иск, предъявленный к зачету первоначального требования, сам по себе не означает признание долга по первоначальному иску. Здесь практикующему юристу следует определиться

---

<sup>46</sup> См.: п. 25 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 4 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 26.12.2018); определения СКЭС ВС РФ от 16.08.2018 № 305-ЭС18-3914, от 12.12.2019 № 305-ЭС19-12031, от 25.08.2020 № 310-ЭС20-2774.

с должной процессуальной стратегией защиты интересов ответчика. Если последний намерен оспаривать первоначальный иск по существу, то зачетная эксцепция будет непригодным юридическим средством. И наоборот, если спорить по первоначальному иску резона нет, то зачетная эксцепция экономичней и проще, чем встречный иск. Что же произойдет во втором случае, если тем не менее выяснится, что истец не имеет в действительности вовсе никакого требования к ответчику, который, не понимая этого, заявил о зачете? Этот вопрос более или менее легкий. Суд, установив, что для удовлетворения иска не имеется правовых оснований ввиду отсутствия у истца субъективного гражданского права, отказывает ему в иске именно по этому мотиву, а не в связи с зачетом. Процессуальное зачетное возражение ответчика остается без последствий из-за отсутствия предмета. Материальное заявление о зачете представляет собой ничтожную сделку, поскольку отсутствует встречность. Зачет требования без наличия собственного обязательства невозможен, если это не атипичный зачет (см. комментарий к п. 11).

Сложнее обстоит дело, если о зачетной эксцепции заявлено в отсутствие субъективного права у ответчика. С материально-правовой точки зрения такое заявление является ничтожной сделкой и не может приводить к прекращению обязательства ответчика перед истцом. Но означает ли такое заявление признание иска? На первый взгляд ничтожная сделка не влечет юридических последствий, а потому эвентуальное признание долга при зачете не может выжить в условиях ничтожности и признанием иска не является. Можно попытаться обосновать отсутствие признания долга тем, что увидеть в зачете своего рода условность, когда заявление о зачете рассматривается как юридически значимое, в том числе в части признания долга, только при условии, что зачет состоится и произойдет взаимное прекращение обязательств. Если ремиссия не случается, то сделанное заявление о зачете как бы отпадает, будто его никогда не было. Можно выдвинуть и такой аргумент: когда суд устанавливает, что встречное материальное требование к истцу у ответчика отсутствует, появляются основания не принимать признание иска ответчиком (ч. 2 ст. 39 ГПК, ч. 5 ст. 49 АПК). В состязательном процессе нередко случается, что соответствующая сторона на каком-то этапе понимает слабость своей позиции и меняет ее. Если возражение о зачете было заявлено, но впоследствии ответчик понимает, что его встречное материальное требование к истцу может быть не признано судом, в том числе ввиду его эффективного опровержения истцом, встает вопрос о его возможности отказа от зачетной эксцепции. В случае такого отказа также можно было бы считать, что тем самым ответчик отказывается и от признания иска.

Указанный выше подход может быть подвергнут критике исходя из следующих соображений. Начать следует с понимания, почему ответчик заявил о зачетной эксцепции, тогда как у него отсутствовало субъективное право требования, а следовательно, и секундарное право. Отсутствие первичного права не дает вторичного (секундарного). Видимо, здесь можно предположить два варианта. Первый — ответчик рассчитывал ввести суд в заблуждение и получить недолжное. Второй — ответчик добросовестно заблуждался в отношении своего права, полагая, что оно у него есть. Несмотря на то, что в первом случае ответчик не вызывает никакого сочувствия, ибо действует недобросовестно, а во втором его поведение не заслуживает негативной оценки, обоснование решения будет одинаково пригодно для обоих случаев, поскольку базируется на иных посылах. Тем не менее и этим аспектам оценка будет дана ниже.

Как уже было обосновано, логически невозможно рассчитывать на ремиссионный эффект зачета, не признав встречного притязания компенсанта (для зачетной эксцепции — истца). Недействительная сделка не влечет только тех последствий, *на которые* она была направлена, т.е. не влечет зачета как результата сделки. Порок в собственном требовании компенсанта (его отсутствие) не порочит волю на признание долга, поскольку это признание, хотя и базируется на материальном мотиве, не обнимается последним. Тот факт, что компенсанта не получает желаемого, объясняется не тем, что он признавал или не признавал свой долг, а тем, что у него нет требования. Незаконное желание мнимого компенсанта освободиться от своего долга посредством зачета отсутствующего у него требования и есть признание долга. Ведь если бы долга не было, то недобросовестный эксцептор не стал бы затевать схемотехнику мнимого зачета. Эксцепция, как уже было показано выше, соединяет два акта — процессуальный и материальный. Последний ничтожен, а первый действителен. Поэтому следует констатировать наличие признания иска в процессуальной части эксцепции при ничтожности ее материальной части. Это решение удовлетворяет нас не только своей логической обоснованностью, но также интеллектуальным и нравственным превосходством перед манипулятором, который обыграл сам себя, и поделом.

Вернемся ко второму варианту: добросовестный эксцептор ошибочно полагает, что у него есть встречное требование, и потому заявляет зачетную эксцепцию. Технически здесь то же самое. Заблуждение в наличии собственного требования не порочит уверенность в наличии собственного долга, поскольку вне зачета одно может существовать и без другого. Намерение зачета собственного требования против собственного долга не устраняет самого долга, подтверждение которого манифестируется попыткой реализации этого намерения — зачетной эксцепцией. Иными словами, негодная попытка зачета выдает признание долга, а значит, и признание иска. Хотеть зачета, не признавая долг, возможно только при психической девиации, т.е. при недееспособности. Конечно, если последняя будет признана судом, то аннулируются и все процессуальные акты недееспособного и здесь никакого признания иска не будет, но по другой причине — из-за психического расстройства актора.

- (д) Определенный интерес может представлять также сравнение зачетной эксцепции и ничтожного материального зачета, заявленного до вчинения иска. Следует ли придать доказательственное значение заявлению о зачете в отношении признания долга, которое было сделано до возбуждения процесса и на которое ответчик впоследствии не ссылается в процессе, убедившись в отсутствии собственного права? И здесь, кажется, было бы противно здравому смыслу не придавать доказательственного значения этому действию. Ведь на вопрос судьи «Зачем вы заявляли о зачете?» можно дать только один правдивый ответ: «Чтобы прекратить свое обязательство». Добавить к этому «...которого не признаю» означает породить полную нелепицу.

Что касается изменения процессуальной позиции, процессуального отказа от признания иска, то даже если признать это допустимым с процессуальной точки зрения, с позиции оценки доказательств для судьи такие метания ответчика могут говорить против него, в том числе в психологическом аспекте.

Рассмотренный вопрос о недействительности зачета как доказательстве признания долга (иска) заслуживает, без сомнения, более обстоятельного рассмотрения и еще ожидает своего исследователя, поскольку в доктрине не обсуждается вовсе. Что касается судей, то им придется в скором времени искать ответы в сложных условиях молчания доктрины.

- (e) С обозначенной проблемой тесно связан вопрос о допустимости условной эксцепции, практическая потребность в которой вообще, т.е. за пределами зачета, кажется очевидной и которая широко применяется ответчиками. Речь идет о ситуации, когда ответчик не согласен с притязанием истца и намерен его опровергнуть полностью, но, опасаясь фиаско, он просит суд в этом случае учесть его дополнительные аргументы, влекущие уменьшение притязания. Например, по предъявленному иску об убытках ответчик заявляет абсолютную эксцепцию об отсутствии противоправности своего поведения и оснований для взыскания с него убытков, но если суд не признает это доказанным, просит рассмотреть его возражения о неосновательности размера убытков. Равным образом ответчик считает, что он не обязан к уплате неустойки, но, если суд не согласится, просит рассмотреть возражение о ее явной несоразмерности и уменьшении. Но допустима ли условная зачетная эксцепция? На первый взгляд лежащий в основе обращения к такой эксцепции интерес ответчика может быть вполне удовлетворен встречным иском, ведь его предъявление не означает признания первоначального иска. Закрывает ли возможность вчинения встречного иска использование условной зачетной эксцепции? Не является ли она нежелательным удвоением сущностей? Допущение условной эксцепции означало бы и допущение заявления о зачете под условием, которое, пусть и с некоторыми исключениями, считается иногда недопустимым. Нужно ли и здесь усмотреть исключение?

Конечно, ответчик заинтересован в допустимости такого возражения хотя бы потому, что это экономичней для него. Ответчик заявляет условную зачетную эксцепцию, которая сводится к тому, что он отрицает само существование требования истца, но если суд не согласится с этим, просит отказать в иске на основании зачета. В самом общем виде, наверное, можно было бы считать, что если имеется два альтернативных процессуальных средства защиты своего права или законного интереса, то управомоченное лицо вправе само выбирать одно из них. Если последнее верно, то наличие возможности предъявить встречный иск не препятствует заявлению условной зачетной эксцепции вместо такого иска. Интерес истца здесь как будто не нарушается, ведь если бы был предъявлен встречный иск и ответчик наряду с ним оспаривал обоснованность первоначального иска, истец находился бы в той же позиции, как и при условной зачетной эксцепции, в которой оспаривается обоснованность искового притязания. Что касается условного заявления о зачете, то при успешном оспаривании иска будет подтверждена его ничтожность (поскольку нельзя зачесть требование по несуществующему обязательству) и оно не будет иметь никаких последствий. Напротив, если ответчику не удастся убедить суд в неосновательности притязания истца, размер его будет уменьшен на размер встречного требования ответчика, заявленного и доказанного как по праву, так и по фактам.

Насчет условного характера заявления о зачете можно заметить следующее. Недопустимость односторонней зачетной сделки под условием базируется на стремле-

нии защитить интересы компенсата, который, смотря по характеру условия, может оказаться в состоянии неопределенности, причем без его согласия. Но когда речь идет о судебном споре, исход которого никому не известен, все находится в состоянии неопределенности до его завершения. В силу принципа состязательности состояние неопределенности имманентно присуще любому судебному спору, причем независимо от того, имеются условные эксцепции или нет. Истец не будет в меньшей неопределенности при предъявлении встречного иска, чем при воздействии на него условной зачетной эксцепции.

Конечно, против зачетной эксцепции можно выдвинуть такое вполне очевидное возражение, как необоснованное затягивание удовлетворения обоснованного искового притязания. Если, скажем, предъявленный иск построен на достаточно ясном материальном притязании, а основания встречного иска весьма туманны, запутанны и не находят опоры в едином правовом основании в отношениях сторон, то можно полагать, что истец по встречному иску преследует цели затянуть и осложнить удовлетворение первоначального иска, и тогда судья может отказать в совместном рассмотрении исковых притязаний. Но каковы процессуальные средства, если в этих же обстоятельствах заявлена зачетная эксцепция? На поверку не имеется необходимых юридических средств, чтобы избавить заявленный иск от таких осложнений, и поэтому может возникать вопрос о неравенстве процессуальных возможностей при схожих обстоятельствах, что нежелательно. Тем не менее нет уверенности, что простой запрет зачетной эксцепции был бы адекватной реакцией. В процессуальном праве следует обнаружить такое юридическое средство, которое могло бы позволить судье отклонить зачетную эксцепцию, но не потому, что она неосновательна по существу, а потому, что она ведет к явно необоснованному затягиванию процесса и нарушению прав истца.

Контроверзы о затягивании получения удовлетворения по требованию компенсата наталкиваются на простое наблюдение: стоит компенсанту заявить о зачете по своему, пусть и весьма спорному, встречному требованию за день до обращения компенсата с иском в суд, это с неизбежностью вовлекает и компенсата, и суд в необходимость анализа обоснованности требования заявителя зачета, что все равно затянет процесс, а следовательно, и получение удовлетворения по требованию компенсата, сколь бы необоснованным ни было встречное требование компенсанта. Кроме того, по результату может оказаться так, что по видимости исковое требование компенсата было ясным и простым, но на поверку оказалось необоснованным, тогда как зачетная эксцепция выглядела туманной и запутанной, но выяснилось, что она вполне состоятельна. Поэтому негативная процессуальная реакция на зачетную эксцепцию если и целесообразна, то только в тех случаях, когда ее заявитель действует явно недобросовестно и это доказано. Иначе правопорядок рискует ввергнуть стороны в спекулятивные рассуждения о степени спорности взаимных требований, порождающих крайнюю неопределенность в отношении такого средства защиты, как зачетное возражение, что, возможно, причинит больше вреда, чем допущение такой эксцепции.

- (ж) Коль скоро зачетная эксцепция утверждена в нашем правопорядке, может возникнуть вопрос о ее соединении со встречным иском. На практике довольно распространены случаи, когда ответчик готов признать иск в части, но не согласен с другой частью искового притязания. В связи с этим встает вопрос: вправе ли ответчик



заявить о зачетной эксцепции в той части иска, которая признается, а в отношении другой части вчинить встречный иск? Если признать это допустимым, то здесь могут возникать некоторые сложности в правильном процессуальном оформлении результата спора. Допустим, заявлен иск на 10 млн. Ответчик, имея встречное требование на 8 млн, признает иск в части 5 млн и поэтому в этой части заявляет о зачетной эксцепции. Оставшиеся 3 млн он заявляет к взысканию во встречном иске. Суд находит, что требования истца по первоначальному иску обоснованны только в части 9 млн, а обоснованность встречного материального требования ответчика доказана в полном объеме. Получается, что в таком случае истцу следует отказать во взыскании 5 млн на основании зачетной сделки, а первоначальный и встречный иски удовлетворить, применить судебный зачет и взыскать с ответчика 1 млн. Теперь представим, что встречное материальное требование ответчика обосновано только в размере 4 млн из 8. Это означает, что истцу следует отказать в иске только на 4 млн, в оставшейся части на 5 млн первоначальный иск удовлетворить, а во встречном иске отказать полностью. Иными словами, суд, найдя основания для зачета доказанными, должен сначала принять зачетную эксцепцию, а исковые притязания по первоначальному и встречному искам рассматривать с учетом состоявшегося зачета.

- (з) Еще один нюанс, на который имеет смысл обратить внимание в связи с установленной Пленумом допустимостью зачетных эксцепций, касается необходимости дифференциации материального и процессуального в отношении сторон. Если исковое притязание не будет удовлетворено по соответствующим процессуальным основаниям (оставление заявления без рассмотрения, прекращение производства по делу, возвращение заявления, отказ от иска), то ремиссионный эффект все равно наступит при условии, что для этого нет материально-правовых препятствий. Тот факт, что в своей процессуальной части безусловная эксцепция отпала за ненадобностью, не означает, что она обессилена в материальной части.
- (и) Постановление оставляет открытым вопрос о темпоральных границах зачетной эксцепции. Поскольку Пленум обоснованно предоставляет компенсанту альтернативу (предъявление встречного иска или возражение), ответчик не может быть поставлен в худшее положение при заявлении зачетной эксцепции по сравнению с предъявлением встречного иска, иначе эта альтернатива оказалась бы стесненной в нарушение принципа диспозитивности процесса. Поэтому с учетом ст. 137 ГПК или ч. 1 ст. 132 АПК ответчик вправе заявить зачетную эксцепцию до принятия судом решения. Так как при наличии между сторонами спора по одному из встречных требований заявление о зачете вне юрисдикционной формы на процессуальное отношение непосредственно не воздействует, заявление о зачете после принятия судом решения не влияет на его законную силу. Интерес компенсанта в этих случаях может быть реализован соответствующим образом только на стадии исполнения принятого против него решения суда (см. комментарий к п. 20). Естественно, что решение суда не может быть отменено по тому основанию, что после его принятия было сделано внеюрисдикционное заявление о зачете. Между тем при переходе апелляционной инстанции к рассмотрению дела по правилам первой инстанции препятствий для зачетной эксцепции быть не должно, поскольку иное необоснованно ограничило бы ответчика в защите своего права по сравнению с его процессуальными возможностями при рассмотрении спора в суде первой инстанции. Недопустимость заявления зачетной эксцепции в судах кассационной,

экстракассационной и надзорной инстанций, помимо прочего, обосновывается невозможностью рассмотрения вопросов факта в этих юрисдикциях.

- (к) Разграничение материального и процессуального отношений может вызывать вопрос об отмене или изменении последствий состоявшегося зачета. В отличие от удовлетворения первоначального и встречного исков, при котором зачет происходит только по вступлении решения в законную силу, при зачетной эксцепции зачет происходит по правилам гражданского права. Суд дает квалификацию отношению сторон, которое в соответствующей части уже прекратилось зачетом; иными словами, судебное решение принимается с учетом признанного судом состоявшегося зачета и не является юридическим фактом, влекущим зачет. Означает ли это, что после сделанного ответчиком возражения о зачете сторонам уже недоступно мировое соглашение в отношении прекратившихся обязательств? Следует дать отрицательный ответ на этот вопрос, мировое соглашение доступно по общим правилам.

Конечно, здесь можно предвидеть формальные возражения, что обязательства прекратились зачетом и предмет для мирового соглашения более не существует. Гражданское законодательство не предусматривает восстановления прекращенных обязательств. Но эти возражения выглядят излишне формальными, ибо стороны, и в особенности компенсант, вправе передумать, что особенно характерно для состязательного процесса. Да, обязательства прекратились зачетом, но почему необходимо ограничить автономию воли сторон, если они видят, как им лучше сообразовать свои отношения в сложившихся обстоятельствах? Тот, кто способен прекратить обязательство, способен его и возродить, если другая сторона согласна. Причем речь здесь не идет об одностороннем отказе от совершенного зачета, который не допускался в арбитражной практике<sup>47</sup>.

Но как же обосновать данное отношение, если оно все же будет признано допустимым в нашем праве? С точки зрения материального права здесь перед нами появляется фигура договора об отмене или изменении последствий зачета, неизвестного позитивному праву. В силу принципа свободы договора этот договор, который закону не противоречит, необходимо отнести к непоименованным договорам. Для того чтобы не допустить такого договора и, соответственно, мирового соглашения, не имеется ни догматических, ни политико-правовых причин. Стороны являются хозяевами своих гражданских отношений, и они вольны поступить с ними, как им будет угодно, если это не противоречит закону. Такое мировое соглашение подлежит утверждению судом по общим правилам. Сказанное справедливо и для отмены зачета по договору вне связи с мировым соглашением.

Несмотря на все технические различия встречного иска, предъявленного к зачету, и зачетной эксцепции, материально-правовой результат их может оказаться тождественным. В совпадающей части встречные требования сторон считаются прекращенными, т.е. наступают те же последствия, что и при исполнении: стороны получают удовлетворение своих притязаний в соответствующей части, что явля-

---

<sup>47</sup> Гражданское законодательство не предусматривает возможности восстановления правомерно и обоснованно прекращенных зачетом обязательств при отказе от сделанного стороной заявления о зачете (п. 9 письма № 65).

ется следствием наличия у зачета свойств суррогата исполнения. Допущение возращения о зачете вместо предъявления встречного иска с тем же экономическим результатом для сторон ставит вопрос о полномочиях представителя, заявляющего зачетную эксцепцию. Процессуальный закон в отношении полномочий на такую эксцепцию, в отличие от встречного иска, специального требования не устанавливает. По существу, тем не менее имеются основания для распространения требования о специальном уполномочии представителя на зачетную эксцепцию. Это объясняется тем, что для ответчика может наступить тот же экономический результат, который возникает при удовлетворении исков.

**20. Согласно статье 88.1 Федерального закона от 2 октября 2007 года № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» по заявлению взыскателя или должника либо по собственной инициативе судебный пристав-исполнитель производит зачет встречных однородных требований, подтвержденных исполнительными документами о взыскании денежных средств, на основании которых возбуждены исполнительные производства, за исключением случаев, установленных законодательством Российской Федерации.**

**Кроме того, зачет требований является допустимым и после вступления в законную силу судебных актов, подтвердивших наличие и размер соответствующих обязательств сторон, но без возбуждения по одному или обоим судебным актам исполнительного производства, а также после вступления в законную силу судебного акта по одному требованию и при отсутствии возражений должника по другому требованию.**

## Комментарий

Как уже отмечалось выше, материально-правовые отношения, оказавшись в процессуальной сфере, подвергаются воздействию процесса, его правилам и логике. Изменения в правоотношении сторон в области материального права сами по себе не приводят к автоматическому отклику в процессуальном отношении. От сторон требуется совершение процессуальных действий, чтобы сообразовать материальное с процессуальным. После принятия судом решения о взыскании по одному из встречных требований или по обоим требованиям процессуальное отношение не заканчивается. И поэтому по-прежнему требуется гармонизация материального и юрисдикционного отношений.

Зачетоспособность может существовать на такой стадии правоотношений сторон, когда одна или обе стороны добились судебной защиты своего требования, но еще не получили удовлетворение. Логически здесь может быть всего четыре ситуации: 1) только одна из сторон получила судебную защиту, но не получила исполнительный документ; 2) обе стороны получили судебную защиту, но не получили исполнительные документы; 3) у одной стороны уже имеется исполнительный документ, а другая только получила судебную защиту; 4) у обеих сторон имеются исполнительные документы. Рассмотрим все эти ситуации, учитывая при этом еще один релевантный фактор — предъявление исполнительного документа к взысканию.

*Ситуация № 1.* По комментируемому разъяснению наличие вступившего в законную силу решения суда не препятствует заявлению о зачете ответчиком, но при одном условии — истец не возражает против зачета. Это, видимо, означает, что компенсат (не получивший судебной защиты своего требования) вправе обычным порядком направить заявление о зачете, которое при отсутствии названных возражений приведет к ремиссионному эффекту. У такого подхода можно обнаружить как минимум три недостатка.

Во-первых, из данного разъяснения можно вывести, что в описанных обстоятельствах заявление о зачете является ничтожной сделкой, если имелось заявленное возражение компенсата. Это странно, ибо основание ничтожности появится после совершения зачетной сделки. Тогда можно рассуждать о зачете под условием, каковым является отсутствие возражения. Получается, что материальный критерий, которому Пленум пытается отдать преимущество в своем движении по либерализации зачета на юрисдикционной стадии отношения, отвергается в этом отдельном случае. Дело, конечно, не в том, что закон не указывает на такой случай недопустимости зачета. Пленум обладает компетенцией по отысканию пробелов в законе и, соответственно, их заполнению своим толкованием. Дело в отсутствии последовательности, т.е. недостаток тут скорее теоретический. Раз уж принята концепция допустимости зачета независимо от наличия судебного процесса и его стадии, надо тогда отыскивать решения его эффективности по всему правовому полю. Почему Пленум делает здесь исключение, понятно — нельзя остановить законную силу решения суда одной лишь частной волей. Но тогда надо видоизменить концепцию и строить допустимость зачета, понимая, что материальных предпосылок для зачета на юрисдикционной стадии недостаточно. Чтобы зачет возымел реальный, а не иллюзорный ремиссионный эффект, необходимы и процессуальные предпосылки. Там, где их нет, зачет недоступен. Иначе у нас появляется неэффективный зачет, которой по материальному праву вроде и приводит к ремиссии, но в действительности не препятствует получить исполнение по прекращенному праву. Какая юридическая эквилибристика из этого проистекает, будет показано ниже.

Во-вторых, спокойствие компенсата (истца), который добился защиты своего права, может быть легко потревожено. Он вынужден быть настороже и не пропустить заявление о зачете, а при его получении и несогласии с зачетом должен направить компенсату возражение. Тогда ремиссионного эффекта не случится. Теоретически мы должны здесь обнаружить некое секундарное право компенсата на возражение против зачета. Получается, что одно секундарное право (возражение) может обессилить другое секундарное право (зачет). Но тогда последнее уже мало чем напоминает секундарное право, превращаясь в какой-то шанс на преобразование, которое может случиться или не случиться в зависимости от усмотрения другой стороны. Насколько эти кульбиты с секундарными правами в данном случае удобны для оборота — большой вопрос. Ведь если судьба отношения зависит от согласия двух сторон, то гражданское право обычно оперирует понятием «договор», а не устраивает дуэль на секундарных правах. Впрочем, нельзя сказать, что пикировка секундарными правами совсем неизвестна гражданскому праву, важно лишь убедиться в уместности такой методологии в каждом конкретном случае.

Поскольку срок, в который необходимо направить возражение, Пленумом не определен, ничего не остается, кроме как прибегнуть к разумному сроку, который

всегда имеет свойство неопределенности. Этот недостаток (и не только в части неопределенности срока) ослабляет позицию компенсата. Его положение уместно сравнить со случаем, когда компенсат получает заявление о зачете, основанное на задавленном требовании. Здесь он чувствует себя несравненно лучше — такое заявление есть ничтожная сделка, а потому права и спокойствие компенсата никак не затрагиваются. Логически объяснить различие в этих подходах достаточно затруднительно.

В-третьих, это разъяснение делает неопределенной и позицию компенсанта. Поскольку отношения сторон находятся уже на юрисдикционной стадии, как показано выше, материальное отношение требует согласования с процессуальным. Односторонняя частная воля (заявление о зачете) не может нивелировать законную силу судебного акта без содействия юрисдикционного органа. Технически ничто не мешает компенсату проигнорировать заявление о зачете, получить исполнительный документ и предъявить его к исполнению. Ни судебный пристав-исполнитель, ни банк не имеют компетенции рассмотреть в этом случае возражение компенсанта о состоявшемся зачете. Процесс идет своим чередом.

Возможно, правильное решение должно было быть другим, причем инвариантным. В рассматриваемом случае ремиссионный эффект зачета может быть достигнут несколькими путями: а) заключением мирового соглашения о зачете с утверждением его судом; б) защитой своего права на зачет в соответствии со ст. 203 ГПК или ст. 324 АПК; в) судебной защитой требования компенсанта и совершением действий согласно ситуации № 2 (см. ниже). При этом комментируемое разъяснение, как представляется, не препятствует пойти именно такими путями.

Отсутствие возражений со стороны истца можно ожидать в тех случаях, когда его иск был мотивирован тем, что он не знал о наличии встречного к нему требования или был не согласен с его обоснованностью, а после вынесения решения ситуация изменилась. Но при этом когда истец согласен с встречным притязанием ответчика, то предпочтительно именно заключение мирового соглашения. Это дает каждой стороне больше гарантий, что дальнейшего движения конфликт не получит: истец не предъявит исполнительный документ к взысканию, а ответчик не предъявит собственный иск по встречному требованию.

Применительно к этой ситуации следует рассмотреть и другой случай, когда подтвержденное судом требование оказывается активным. Иными словами, о зачете заявляет истец, желая прекратить свое требование зачетом обязательства перед ответчиком, несмотря на наличие решения о взыскании. На первый взгляд это кажется необычным — зачем надо было предъявлять иск, если можно было воспользоваться зачетом? Но прагматичность такой ситуации легко обнаруживается, когда, например, истец или не знал о наличии встречного требования ответчика, или оно не могло быть ранее зачтено, или требование оказалось у ответчика уже после окончания судебного процесса, или отпала его спорность.

Разъяснение Пленума как будто не охватывает этот случай. Однако следуя общей направленности на либерализацию зачета в юрисдикционном процессе, которой проникнуто комментируемое разъяснение, можно не без оснований предположить допустимость зачета и в этой ситуации. Тем не менее общий принцип

гармонизации материального и процессуального отношений с неизбежностью воздействует и на рассматриваемый случай. Ремиссия обязательств зачетом в материальном отношении сама по себе никак не воздействует на законную силу судебного акта, принятого в пользу компенсанта (истца). Отсюда для компенсанта (ответчика) возникает риск его недобросовестного или неосторожного поведения, которое может выразиться в получении им исполнительного документа и предъявлении его к исполнению. Если компенсату не удастся убедить истца заключить мировое соглашение, ему ничего не остается, кроме как предпринять попытку защиты своего права на зачет в соответствии со ст. 203 ГПК или ст. 324 АПК. Вместе с тем последнее небесспорно, поскольку, по существу, открывает полноценный состязательный процесс на стадии, предшествующей исполнительному производству.

*Ситуация № 2.* Если у каждой из сторон имеется судебное решение о взыскании, но отсутствуют исполнительные листы, то зачет, по мнению Пленума, также допустим. Это разъяснение страдает незавершенностью в отношении юрисдикционной стадии. Когда одна из сторон в данных обстоятельствах заявит о зачете, необходимо определить дальнейшую судьбу юрисдикционного процесса. Указанное заявление технически не препятствует каждой стороне получить исполнительный лист и предъявить его к взысканию. Здесь также возможны различные варианты действий сторон в зависимости от развития событий.

Первый вариант: сторона, заявившая о зачете и заинтересованная в гармонизации процессуального отношения с материальным, вправе в соответствии со ст. 203 ГПК и (или) ст. 324 АПК просить суды принять определение о прекращении исполнения судебного акта. Тот факт, что исполнительные документы еще не были выданы, как представляется, не должен препятствовать суду принять судебный акт о прекращении исполнения решения. Сложность здесь заключается в том, что понадобится инициировать два процесса, поскольку требуется прекратить исполнение не по одному, а по двум судебным решениям, которые могли быть приняты различными судами. Тут требуется гармонизация судебных актов, чтобы не получилось так, что один суд удовлетворит заявление, а другой — нет.

Второй вариант действий компенсанта может понадобиться, когда компенсат, несмотря на зачет, получит исполнительный лист и предъявит его к взысканию судебному приставу-исполнителю. В этом случае и компенсат может получить исполнительный лист, предъявить его к взысканию и требовать зачета на основании ст. 88.1 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Третий вариант защиты права компенсанта оказывается наиболее сложным. Он связан с таким обстоятельством, когда компенсат получает исполнительный лист и предъявляет его к взысканию в банк. Сложность вызвана тем, что законодатель, наделив коммерческие организации властными полномочиями, не предусмотрел специальных юрисдикционных процедур для них. Это системное упущение нашего законодательства, которое не исправляется десятилетиями. Банки необходимо наделить такой же компетенцией в отношении зачета (и не только), которая имеется у судебных приставов-исполнителей (права и законные интересы соответствующих лиц должны обеспечиваться одинаково, независимо от того, кто исполняет

судебные решения). Пленум мог бы сделать это и на основании конституционного принципа равенства расширительно истолковать соответствующую норму, распространив ее на банки, но он по такому пути не пошел. Тем не менее пусть и не очень эффективное, но одно средство защиты здесь также имеется — это обращение к суду в процедуре, предусмотренной уже приведенными выше ст. 203 ГПК или ст. 324 АПК. Поскольку для нашего процесса нехарактерны эффективные срочные процедуры (в том числе обеспечительные меры), почти наверняка компенсат не успеет реализовать свой интерес и соответствующие денежные средства будут списаны с его банковского счета. Эта тактика защиты может оказаться удовлетворительной скорее для тех случаев, когда денежных средств на счете нет, но компенсат ожидает их поступления в срок, в который реалистично добиться защиты своего интереса в суде.

Таким образом, чтобы избежать негативных последствий, компенсату мало просто заявить о зачете, необходимо предпринять соответствующие шаги, чтобы прекратилось и процессуальное отношение.

Комментируемое разъяснение сформулировано без каких-либо исключений, как будто наличие двух «встречных» судебных решений всегда открыто для зачета. Это не так. Исключения придется сделать, и причины их лежат не только в плоскости материального права (ст. 411 ГК), но и в плоскости права процессуального. Так, представляется очевидным недопустимость зачета в случаях, когда суд постановил взыскание с отсрочкой (или рассрочкой) исполнения (ст. 203 ГПК, ст. 324 АПК). Истец по такому присуждению либо вовсе не вправе заявить о зачете до наступления срока исполнения решения, либо может заявить лишь в части, соответствующей предоставленной судом рассрочке. В противном случае те интересы, которые суд уважил предоставлением отсрочки (рассрочки) исполнения решения, были бы произвольно попораны односторонней частной волей. Еще одно исключение с очевидностью обнаруживается в случае, когда пропущен срок предъявления исполнительного документа к исполнению. Исполнительная давность, хотя и отделена в российском праве от давности исковой, теоретически имеет ту же правовую природу и охраняет схожие интересы. Следовательно, истец как в рассматриваемой ситуации, так и в ситуациях № 3 и № 4 права на односторонний зачет не имеет. Естественно, договорный зачет здесь вполне доступен.

*Ситуация № 3.* Если одна из сторон получила исполнительный лист, а другая успела только защитить свое требование в суде, то при заявлении о зачете последней стороной возникнут такие же проблемы, как и в предыдущем случае. Здесь компенсат опять же может действовать двояко. Есть основания признать, что ему доступно обращение к суду для прекращения исполнения судебного решения. Также он может получить исполнительный лист, предъявить его к исполнению и требовать зачета на стадии исполнительного производства. Регулирование исполнительного производства не предусматривает зачета на основании только лишь решения суда, вступившего в законную силу, и без исполнительного документа судебный пристав-исполнитель произвести зачет не вправе. Точно так же и банк, если компенсат предъявит исполнительный документ к взысканию, не вправе остановить списание денежных средств только лишь на основании наличия у владельца счета решения суда, вступившего в законную силу, и заявления о зачете.

*Ситуация № 4.* Она относительно простая при условии, что исполнительные документы предъявлены к взысканию в службу судебных приставов-исполнителей. Арбитражным судам вот уже почти двадцать лет известна допустимость зачета «встречных» исполнительных документов<sup>48</sup>. А с 2013 г. на основании закона действует соответствующая процедура в исполнительном производстве. Если только одна сторона предъявила исполнительный документ для исполнения в службу судебных приставов-исполнителей, то другая сторона также может это сделать и требовать зачета в исполнительном производстве. Этот зачет производится независимо от того, в одном или в разных подразделениях службы судебных приставов-исполнителей возбуждены исполнительные производства<sup>49</sup>. Более того, юрисдикционный зачет вообще и зачет в исполнительном производстве в частности производятся соответствующим органом *ex officio* и без просьбы сторон. Теоретически имеются основания для суждения о том, что зачет должен иметь место и на стадии присуждения судом вне зависимости от того, что встречные требования заявлены в различные суды. Однако нашему процессу, да и судоустройству, такое пока не по силам. Поэтому когда обе стороны заявили отдельные иски требования и они удовлетворены по разным делам, интерес на реализацию права на зачет практически возможно реализовать только на стадии исполнительного производства или с применением ст. 203 ГПК или ст. 324 АПК.

Если одна из сторон обратилась за исполнением в банк, то другой стороне ничего не остается, кроме как попытаться прибегнуть к защите своих интересов в судебной процедуре (ст. 203 ГПК и (или) ст. 324 АПК).

Таким образом, Пленум в комментируемом разъяснении делает два шага вперед по вопросу о зачете на юрисдикционной стадии, но не решается пройти весь путь до конца. В результате ни суды, ни участники гражданского оборота не получают желательной определенности. Судья И.В. Разумов объяснил редукцию комментируемого разъяснения Пленума, которое в проекте имело процессуальную часть, тем обстоятельством, что постановление посвящено материальному, а не процессуальному праву. Трудно спорить с тем, что институт прекращения обязательств относится к материальному праву, но последнее имеет, как мы видим, весьма богатую жизнь и в процессе. Допустимость зачета на юрисдикционной стадии ставит немало вопросов, в том числе процессуальных. Отвечать на рассмотренные вопросы все равно придется, однако убежденности в том, что эти ответы окажутся единообразными, нет.

В проекте постановления имелся следующий абзац, который был исключен из окончательной редакции: «После вступления в силу судебного акта по одному требованию и при наличии возражений должника по другому требованию вопросы о зачете разрешаются судом при принятии решения по существу спора, а после вынесения решения — в порядке, предусмотренном статьей 203 ГПК РФ или по правилам главы VII ГПК РФ и статьи 324 АПК РФ или по правилам раздела VII АПК РФ». Это несостоявшееся разъяснение страдает лаконизмом и неточностью, поскольку не учитывает различные юридические состояния взаимоотношений

---

<sup>48</sup> Окончание исполнительного производства, основанное на сделанном одной из сторон заявлении о зачете, при наличии встречных исполнительных листов не противоречит закону (п. 2 письма № 65).

<sup>49</sup> См.: п. 36 постановления № 50.



сторон, но в целом направление представляется верным. Из приведенного объяснения И.В. Разумова принципиально важным является понимание того, что судьбы изъяты цитированный фрагмент не из-за его концептуальной непригодности, а из-за того, что он не относится к материальному праву. Поэтому отыскание гармонизации материально-правовых отношений с юрисдикционным процессом, в том числе с опорой на соответствующие нормы, регулирующие ту стадию отношений, которая развивается после принятия одного или двух судебных решений по встречным требованиям, в принципе не отвергнуто. Да и текущая практика самого Верховного Суда подтверждает допустимость обращения в соответствующих случаях к ст. 324 АПК<sup>50</sup>.

Если зачет произведен судебным приставом-исполнителем, то необходимо рассмотреть ситуацию с последующим поворотом исполнения (ст. 443 ГПК, ст. 325 АПК). Здесь потребуются дифференциации в квалификации отношений в зависимости от того, является отмена соответствующего судебного акта препятствием для зачета или нет. Если зачет был осуществлен судебным приставом-исполнителем по своей инициативе, то последствия юрисдикционного зачета отпадают. Обязательства не могут считаться прекращенными. Если принят новый судебный акт о полном или частичном отказе в иске, например ввиду отсутствия требования у одной из сторон, то зачетная сделка ничтожна. Следствием этого должно выступать возобновление исполнительного производства в пользу другой стороны. Но может иметь место и такая ситуация (пусть и нечасто), когда отмена судебного акта не означает ничтожности зачета. Допустим, решение суда отменено и производство по делу прекращено, поскольку суд рассмотрел требование, изъятое из его компетенции (к примеру, вследствие судебной ошибки в отношении вопроса об арбитрабельности третейской оговорки). Здесь ситуация трансформируется из казуса двух «встречных» исполнительных документов в случай наличия судебного акта, а также исполнительного документа только у одной стороны, проблемы с которыми рассмотрены ранее.

Выше было установлено, что в силу недостатков правового регулирования зачета на юрисдикционной стадии отношений компенсат, несмотря на заявление о зачете, способен добиться реального исполнения, если имеется решение, принятое в его пользу. Как следует квалифицировать отношения сторон в этом случае? Если признать зачет состоявшимся (а Пленум не оставляет нам ничего иного), то принудительное взыскание с компенсанта соответствующей суммы приведет к неосновательному обогащению компенсанта, ведь он получит исполнение по требованию, которое прекратилось зачетом, т.е. без правового основания. Но что если и у компенсанта имеется решение, принятое в его пользу? Выходит, что компенсат, имеющий судебное решение о присуждении ему суммы по долгу (например, договорному), должен защищаться кондикционным иском, обращаясь к новому судебному процессу. Но как быть, если он просто получит исполнительный документ по решению о взыскании долга и предъявит его к исполнению? Формально-юридически уже компенсат может обратиться к суду, потребовав прекращения исполнения судебного акта со ссылкой на состоявшийся зачет. Конечно, такие действия едва ли могут быть признаны добросовестными и суд должен отказать ему, дав ход исполнительному производству по взысканию причитающегося компенсantu, причем на основании требования по прекращенному обязательству.

50

См.: определение СКЭС ВС РФ от 11.03.2020 № 305-ЭС19-22240.

Парадоксальность этого решения является следствием рассинхронизации материального и процессуального отношения. Однако если признать, что обязательства прекратились зачетом, но в связи с действиями компенсанта он неосновательно обогатился (получив принудительное исполнение по судебному решению в свою пользу), надлежит допустить и кондикционный иск компенсанта, ведь более ему ничего не остается делать. Добившись взыскания по кондикции, компенсант получит два решения в свою пользу: по долгу, прекращенному зачетом, и по кондикционному обязательству. Теперь уже он может злоупотребить своим правом, начав взыскание как по одному, так и по другому решению. Эта юридическая нелепица закручивается из-за того, что гражданское право невозможно отделить от процессуального, они существуют в единстве. Попав в лоно процесса, мы обязаны следовать его логике, а не игнорировать ее.

В цитате из закона в первом абзаце комментируемого пункта указано на то, что зачет производится, за исключением случаев, установленных законодательством Российской Федерации. Здесь следует уточнить, что само законодательство об исполнительном производстве никаких исключений для зачета не содержит, поэтому речь нужно вести прежде всего о случаях недопустимости зачета, установленных законом и договором (негативные предпосылки зачета). Например, ни судебный пристав-исполнитель не может произвести зачет, ни соответствующая сторона не может его добиться в случае, если одно из взысканий представляет собой, скажем, алиментное требование.

Текст второго абзаца комментируемого пункта формально не подходит для случая, когда соответствующее требование удовлетворено третейским судом. Однако нет никаких причин дискриминировать соответствующее лицо, желающее заявить о зачете против требования кредитора, наличие и размер которого подтверждены не государственным, а третейским судом или международным арбитражем. Видимо, такой же вывод следует сделать и для иностранного судебного решения, причем независимо от получения экзекватуры. Схожее затруднение в правильном восприятии разъяснения может касаться того случая, когда о наличии требования и его размере говорится не в судебном решении, а в утвержденном судом мировом соглашении. Компенсант вправе заявить о зачете и против такого требования, хотя его размер непосредственно судебным актом не подтвержден, а определен волей сторон.

Не вполне ясным является использование Пленумом уточнения о вступлении в силу судебного акта. Допустимость зачета связана в постановлении с заявлением, сделанным *после* вступления в законную силу судебного акта при условии отсутствия возражения истца. Если воспринимать разъяснение Пленума буквально, то заявление о зачете, сделанное после принятия решения, но до его вступления в законную силу, не допускается. Неужели Пленум считает, что в условиях вступления соответствующих судебных актов в законную силу заявить о зачете можно, а до того, как они вступили в силу, нельзя? Несмотря на все процессуальные сложности с зачетом на юрисдикционной стадии отношений, описанных выше, оснований для такого вывода нет.

Опять просматривается некоторая непоследовательность. Если уж считать, что при отсутствии возражения истца зачет против него по встречному требованию до-

пускается, то какое значение имеет вступление или невступление в законную силу соответствующего судебного акта? Ключевым здесь является согласие истца, который, несмотря на присуждение в его пользу, не противится зачету, а не вступление в законную силу судебного акта. Такой пассаж, ко всему прочему, может быть воспринят как намек на допустимость заявления о зачете в апелляционной инстанции. Нежелательность этого была обоснована выше. Возможно, такая редакция вызвана тем, что сомнения в допустимости зачета возникали у судей именно из-за того, что у решения имеется законная сила, которая и препятствует зачету, а по не вступившим в законную силу судебным актам сомнений не возникало, поэтому они и не попали в разъяснение. Но проблема с зачетом в действительности состоит не в том, вступили судебные акты в законную силу или нет, а в необходимости гармонизации материального и процессуального отношений.

Хотя широкой практики споров о ретроактивности зачета, произведенного на стадии исполнительного производства, не наблюдается, этот вопрос следует все же затронуть хотя бы кратко. Не вдаваясь здесь в необходимый глубокий анализ законодательства об исполнительном производстве, можно усмотреть, что обеспечение ретроактивности сталкивается с затруднениями, связанными с устройством самой процедуры и компетенцией судебных приставов-исполнителей. Для применения ретроактивности требуется оценка фактических обстоятельств и обращение к соответствующим правовым нормам. Ясно, что судебные приставы-исполнители могут воспротивиться обнаружению у себя такой компетенции, что технически может быть ими обосновано. Но политика права не может признать такое положение дел удовлетворительным. Дело в том, что здесь опять в полный рост встает принцип равенства прав участников гражданского оборота. Если согласиться с тем, что в основе ретроспективности зачета лежит принцип справедливости, было бы противно праву обнаружить его соблюдение при зачете вне суда и в суде, но потерять его на стадии исполнительного производства, как будто последнее несовместимо со справедливостью. Юрисдикционная процедура, в том числе исполнительное производство, должна содействовать реализации прав субъектов гражданского права, а не препятствовать им. Отсюда вывод: ретроактивность зачета должна иметь место и в том случае, когда он осуществлен, в том числе по инициативе судебного пристава-исполнителя, на стадии исполнительного производства.

**21. По смыслу пункта 3 статьи 407 ГК РФ стороны вправе согласовать порядок прекращения их встречных требований, отличный от предусмотренного статьей 410 ГК РФ, например, установив их автоматическое прекращение, не требующее заявления одной из сторон, либо предусмотрев, что совершение зачета посредством одностороннего волеизъявления невозможно и обязательства могут быть прекращены при наличии волеизъявления всех сторон договора, то есть по соглашению между ними (статья 411 ГК РФ).**

## Комментарий

Как уже указывалось, договорные основания прекращения обязательств подчинены общему принципу свободы договора без каких-либо специальных изъятий. Это следует не только из самого принципа свободы договора (п. 1, 2 ст. 1 ГК) и из

его нормативной конкретизации (ст. 421 ГК), но и его специализации для прекращения обязательств. В ст. 407 ГК прямо говорится, что обязательство может быть прекращено не только по нормативному основанию, но и по договору (п. 1), а также конкретизировано, что стороны своим соглашением вправе прекратить обязательство и определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства (п. 3). В последнем пункте этой статьи можно усмотреть упор законодателя на определение последствий прекращения обязательства соглашением. Практика свидетельствует, что нередко стороны упускают сделать это, а закон не имеет подробного регулирования для всякого особенного случая.

Именно из последней нормы (п. 3 ст. 407 ГК) Пленум извлекает суждение о том, что порядок прекращения встречных требований может быть иным, нежели установленный в ст. 410 ГК, если стороны предусмотрят это своим соглашением. Это, безусловно, верно, но начать надо с того, что автономия воли сторон способна изменить само основание прекращения обязательства, а не только его порядок. Зачет, как было уже многократно сказано, является односторонней сделкой, а соглашение о прекращении встречных требований — договором. В этом аспекте, в том числе для приведенного Пленумом примера (автоматическое прекращение), изменяется не только порядок, но и само основание прекращения обязательств. Договорный зачет по объективным причинам составляет сильную конкуренцию ординарному зачету, имея ряд преимуществ перед ним. Кроме того, интенсивное распространение этой разновидности прекращения обязательств обязано также всяким неестественным источникам воздействия на гражданское право, например воззрениям бухгалтеров, которые, как говорят, недолюбливают односторонние сделки.

Соглашение о зачете, или договорный зачет, несколько неожиданным образом привел к путанице как в договорной практике, так и в судебной. Пленум лишь отчасти помогает в ее устранении, поскольку по большому счету главная его заслуга заключается в том, что он ориентирует суды не отыскивать заявления о зачете там, где стороны договорились об автоматическом зачете. Это действительно важное уточнение, так как договорному зачету, когда стороны вовсе не имели в виду, что для прекращения обязательств потребуется заявление, угрожает неадекватная его оценка судом. Сам термин «зачет» не без оснований вызывает образ заявления о зачете, отсюда для сторон могут наступить весьма неожиданные и даже драматические последствия, когда они узнают в суде (порой через несколько лет), что, оказывается, их обязательства не прекратились, потому что ни одна сторона не сделала заявление о зачете. Но, возможно, в комментируемом разъяснении есть еще один отчасти скрытый интеллектуальный слой, который надо извлечь на поверхность, попытка чего будет предпринята далее.

Может быть, неудовлетворительное положение вещей с договорным зачетом проистекает из того, что ни законодательно, ни доктринально этот правовой феномен не разработан с должной обстоятельностью. Первое, с чего следует начать, — это установить, что явление, которое мы зачастую называем договорным зачетом или подобным образом, на самом деле не представляет собой единую правовую сущность, а дифференцируется по разным основаниям. Прежде всего надо обратить внимание на два из них.

Первое заключается в следующем. Принцип автономии воли означает, что правопорядок не может навязать свободным сторонам правовой режим зачета. Стороны могут договориться о прекращении встречных обязательств таким образом, чтобы полностью изъять его из-под действия этого режима. Обычно это не нужно, и стороны вполне могут найти решение в рамках уточнения правового режима зачета. Но запретить им названную девиацию невозможно. Если, скажем, стороны, предусмотрят, что те или иные встречные требования прекращаются тем или иным образом, и добавят буквально, что правила о зачете не применяются, то правопорядок должен уважать их волю. Последнее будет означать, что суд вообще не может обратиться к нормам о зачете, разве что по аналогии.

Опасность этой техники заключается главным образом в том, что такое договорное решение может лишить стороны или одну из них преимуществ зачета, например ретроактивной премии. Ведь если соглашение совершенно порывает с зачетом, обосновать ретроактивную премию будет непросто. Суд может сделать не лишнее резона суждение, что коль скоро стороны исключили правовой режим зачета для своего соглашения, они не заинтересованы в преимуществах зачета и это их дело, тем более что в соглашении они, быть может, откроют для себя еще большие преимущества. Поэтому с практической точки зрения тем, кто решится отправиться в свободное плавание по морям прекращения обязательств *sui generis*, следует иметь в виду названные риски. Здесь же можно привести и опасности альтернативных техник прекращения обязательств, которые также могут приводить к потере выгоды от зачета. Например, если одна из сторон зачетоспособного отношения уступит другой стороне свое требование, то обязательство прекратится совпадением должника и кредитора в одном лице (ст. 413 ГК). О ретроактивной премии, кажется, в этом случае говорить не придется.

В других же случаях, в том числе в приведенном Пленумом примере, когда воля сторон не свидетельствует об отказе от правового режима зачета, нам следует обнаружить презумпцию сохранения такого режима. Пленум говорит об изменении порядка прекращения встречных требований, и это позволяет прийти к выводу, что в остальном отношения остаются в лоне зачета. Попросту говоря, перед нами все та же зачетная сделка, только двусторонняя. Отсюда, если стороны договорились об автоматическом прекращении обязательств, разыскивать заявление о зачете суду не следует, но ремиссионный эффект продолжает действовать. Ретроактивность же тут не нужна, ибо тот же эффект достигается по-иному. Здесь это более чем очевидно, ведь если обязательства прекратились автоматически в момент совпадения (наступление более позднего срока исполнения), то ни о каких санкциях говорить не приходится, поскольку в таком случае просто не может возникнуть темпоральный разрыв между симметричной перфекцией и заявлением о зачете ввиду принципиального отсутствия последнего.

Между тем договорные положения о прекращении обязательства могут быть структурированы и более сложным образом, с добавлением различных условий. Однако и здесь, пока не установлена воля сторон на полный отказ от правового режима зачета, стороны подвергаются этому правовому режиму, с теми только особенностями, которые установлены соглашением. Иногда стороны сами порождают такие условия, которые подталкивают судей к выводу о выпадении соглашения из правового режима зачета. Кроме того, порой они являются еще

и внутренне противоречивыми, что усложняет выявление истинной воли сторон судом.

Например, реконструкция договорного условия по одному судебному делу<sup>51</sup> показывает следующее. Стороны предусмотрели, что все расчеты за поставленную и принятую продукцию производятся в соответствии со ст. 410 ГК путем зачета встречных однородных требований. Обязательства общества по первому договору прекращаются с момента получения компанией товара по второму договору. Для зачета достаточно заявления одной из сторон. Здесь обнаруживается очевидное противоречие: участники договора буквально подчиняют свои отношения ординарному зачету, но при этом указывается, что обязательства прекращаются не так, как при зачете, а с момента получения товара по второму договору. К тому же им зачем-то требуется еще и заявление.

С учетом изложенного и невозможности охватить все возможные вариации договорного зачета при согласовании таких условий сторонам особенно важно прояснить их волю в отношении (1) момента наступления зачетоспособности, если их не устраивает момент наступления симметричной перфекции, действующий по умолчанию; (2) отсутствия необходимости одностороннего заявления (автоматизм прекращения обязательств); (3) ретроактивной премии.

Договорный зачет может принимать вид контокоррентного счета, который предусматривает установление правил подведения сальдо взаимных требований с переносом его на следующий период или с проведением расчета по истечении соответствующего периода. Этот договор является непоименованным в законе, хотя он отчасти исследован в отечественной доктрине. Широкого применения этого договора на практике не фиксируется, и он, похоже, вышел из употребления.

Другим основанием дифференциации является следующее. Договор о зачете может заключаться ввиду регулирования тех или иных отношений по прекращению обязательств в будущем (договор об условиях зачета), что было рассмотрено ранее. Но также на практике распространены договоры (иногда их называют актами) о прекращении наличных взаимных требований зачетом. Они также могут иметь различное содержание, требующее установления параметров прекращения обязательств. Стороны могут предусмотреть конкретные размеры взаимных притязаний и указать, что они прекращаются зачетом.

Здесь может возникать вопрос о судьбе дополнительных требований, а также о действии ретроактивности зачета, поскольку волеизъявление охватывает конкретные суммы взаимных требований. Есть основания по общему правилу считать такие договоры изменяющими общий правовой режим зачета только в части одностороннего заявления, которого здесь не требуется. Оно заменяется двусторонним волеизъявлением и с очевидностью не нужно, если только сами стороны не предусмотрят иное. В значительной степени такие договоры или акты нужны для того, чтобы устранить будущие контрверзы по суммам требований, наличию обязательства и получить доказательства того, что обязательства признаются

---

<sup>51</sup> См.: п. 25 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 4 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 26.12.2018).

каждой из сторон, иначе соглашение не было бы достигнуто. При одностороннем зачете долг признается только компенсантом, поэтому такое заявление не уменьшает риск оспаривания размера его требования, самого его наличия компенсатом. Ясно, что договорный зачет, когда соглашение заключается распространенным способом подписания единого документа, также уменьшает риски, характерные для доказывания восприятия воли, изъявленной в односторонней сделке.

Договорный зачет может обнимать (что желательно) и судьбу дополнительных требований, включая охранительные и обеспечительные, предусматривая, что все они также прекращаются. Он может, напротив, содержать условия о сохранении тех или иных требований в тех или иных размерах, чтобы максимально устранить неопределенность по этому поводу. Кроме того, договорный зачет может предусматривать окончательное сальдо с указанием на то, что все отношения и требования, возникшие из поименованных оснований (например, из соответствующих договоров сторон), прекращаются. Этот метод востребован тогда, когда стороны не нуждаются более в сохранении договорных отношений или намерены вступить либо уже вступили в другие договорные отношения.

Естественно, такие соглашения открывают дорогу для прекращения неперфектных и неоднородных требований, а при многостороннем зачете нет препятствий и для исключения требования о встречности.

Вторая часть разъяснений Пленума в комментируемом пункте касается запрета одностороннего зачета. Возможность такого запрета следует из ст. 411 ГК, на которую имеется ссылка. Встречающаяся в литературе критика допустимости договорного запрета зачета, аргументируемая тем, что это нельзя признать содействующим развитию рациональности исполнения договорных обязательств, лежащей в основе зачета, не убедительна. Зачет введен, поскольку предполагается его удобство для участников гражданского оборота, и если кто-то не желает этого удобства, правопорядку не следует его навязывать. Представление о рациональности может меняться от случая к случаю. Более того, люди свободны и вправе действовать иррационально, если им этого хочется, при условии что не нарушаются права других лиц. Иными словами, содействие законодателя в рациональности действий участников гражданского оборота должно быть отставлено в сторону, если это не соответствует их законным интересам. В связи с этим суд не может отвергнуть законное условие договора о запрете зачета потому, что такой запрет ему представляется нерациональным.

Пленум приводит пример двухэлементного соглашения, которое предусматривает, что совершение зачета посредством одностороннего волеизъявления невозможно и обязательства могут быть прекращены при наличии волеизъявления всех сторон договора, т.е. по соглашению между ними. Это разъяснение следует воспринимать исключительно как пример возможного соглашения, но ни в коем случае не как жесткую модель. Дело в том, что в упомянутой двухэлементности второй элемент с очевидностью является избыточным. Зачем к запрету одностороннего зачета добавлять возможность договорного зачета, если это и так возможно? Если стороны установили запрет одностороннего зачета, они всегда могут договориться о прекращении своих обязательств по соглашению, независимо от того, было ли это предусмотрено каким-либо договором ранее. Иными

словами, второй элемент просто не нужен, ибо он ничего не добавляет. Договариваться о возможности заключить договор бессмысленно, поскольку это следует из наличия правоспособности. Это то же самое, что включать в договор такое мусорное условие, что в случае нарушения договора стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством. Последнее — просто-напросто юридический *mauvais ton*. Конечно, никакой беды от такого излишка в договоре не случится, но лучше держаться известной максимы — не следует создавать новых сущностей без крайней на то необходимости, памятуя еще и о том, что слово ненаписанное ошибки не содержит. Практике известны случаи, когда избыточные договорные условия приводили к неожиданным последствиям, которые стороны не предвидели, ибо прозорливый судья может узреть в условиях договора то, что его участники не видели. Последнее нежелательно, но, увы, встречается на практике.

## Новация

### Комментарий

Договор новации является архаической моделью, которая для современного оборота не очень нужна. О новации нам известно из римского права (*novatio*), которое с помощью этого вида договора решало в том числе такие задачи, которые сейчас решаются иным образом (например, перемена лица в обязательстве). Современному гражданскому праву не нужны те строгие формальности, обрядности, сакральности, которые были характерны для ранних обществ. Древние народы с трудом могли представить себе нематериальную идею права, ведь его не было видно в природе. Поэтому надо было как-то материализовать право, чтобы оно стало различимым, как деревья, реки, земля, скот и т.п. Отсюда высеченные в камне таблицы, различные ритуалы и отсюда же по большому счету и новация. Простое изменение обязательства по соглашению оказывается труднопостижимым, нужна специальная формализованная конструкция, чтобы прекратить одно обязательство и на его месте породить новое. Никакого института новации при развитой правовой мысли не требуется. Общество, которое усвоило принцип автономии воли и свободы договора, уже снабжено пониманием того, что если между сторонами имеется некоторая правовая связь (обязательство), они могут свободно ее изменить, как им заблагорассудится, если только это не запрещено законом.

Представим, что стороны состоят в заемном обязательстве и договариваются о том, что вместо причитающегося займодавцу по договору должник предоставит в собственность определенную вещь. Неужели юристу может прийти в голову, что кредитор после этого тем не менее вправе притязать на заемное предоставление? Ясно, что такого права он более не имеет, а вместо него может притязать на иное действие должника. Стороны изменили свое обязательство соглашением, и теперь исполняться должно новое (измененное) обязательство, а не прежнее, которое осталось в прошлом. Если это было договорное обязательство, то отношения сторон подчиняются ст. 452 ГК об изменении договора и ни в каких нормах о новации они просто не нуждаются. Отсюда становится ясно, что новация — это частный случай изменения обязательства по соглашению сторон. Какое действие



обязан совершить должник на основании соглашения об изменении обязательства, совершенно не зависит от того, будет такое соглашение признано новацией или нет. Это зависит от содержания соглашения, а объявление его новацией ничего для предмета этого соглашения не добавляет. Не следует также впадать в схоластику, противопоставляя изменение прекращению. Всякое прекращение есть изменение прежнего состояния, и всякое изменение есть прекращение прежнего состояния.

Конечно, термин «новация» удобен и полезен: чтобы не говорить каждый раз, что стороны договорились быть связанными вместо одного обязательства другим обязательством, можно сказать, что случилась новация. Но что из этого следует содержательно?

Получается, что единственное последствие отнесения того или иного соглашения к новации согласно нашему позитивному праву — это прекращение связанных с первоначальным обязательством дополнительных требований, если стороны сами не определили их судьбу. Однако это решение видится достаточно грубым, поскольку далеко не во всех случаях молчания соглашения сторон об изменении обязательства прекращение этих требований видится справедливым. Более того, прекращение дополнительных требований следует определять не общим образом в норме о частном случае изменения обязательства, а в положениях, относящихся к самим этим дополнительным требованиям, что, правда фрагментарно, и сделано в российском праве (например, в институте обеспечения исполнения обязательств). Что касается практического аспекта новации, то все напряжение возникает именно в связи с дополнительными требованиями, больше там спорить не о чем. Отсюда тривиальный вывод: если стороны позаботились о судьбе дополнительных требований при изменении обязательства соглашением сторон, знания о новации им не пригодятся. Удобство поименованных договорных типов и видов в кодификации заключается в том, что стороны могут согласовать только существенные условия такого договора, а все остальное урегулировано нормами закона, которые, будучи проверенными временем, предполагаются отвечающими их интересам и дают ответы на наиболее часто возникающие вопросы при молчании договора. Отнесение соглашения к новации не дает почти никакого регулирования, помимо самого содержания соглашения, кроме одного — дополнительные обязательства по общему правилу прекращаются.

Сказанное выше вовсе не отрицает существование новации как исторически сложившегося архетипа прекращения обязательств и возможность использования такой модели. Приведенные соображения — лишь размышления о смысле новации в современном социуме с учетом нынешних представлений о правовой материи.

**22. Обязательство прекращается новацией, если воля сторон определенно направлена на замену существовавшего между ними первоначального обязательства другим обязательством (статья 414 ГК РФ). Новация имеет место, если стороны согласовали новый предмет и (или) основание обязательства. Соглашение о замене первоначального обязательства другим может быть сформулировано, в частности, путем указания на обязанность должника предоставить только новое исполнение и (или) право кредитора потребовать только такое исполнение.**

Соглашение сторон, уточняющее или определяющее размер долга и (или) срок исполнения обязательства без изменения предмета и основания возникновения обязательства, само по себе новацией не является.

При наличии сомнений, была воля сторон направлена на заключение соглашения о новации или об отступном, соглашение сторон толкуется в пользу применения правил об отступном (статья 409 ГК РФ).

Предметом новации могут выступать сразу несколько обязательств, в том числе возникших из разных оснований (пункт 4 статьи 421 ГК РФ).

Обязательство может быть прекращено соглашением о новации, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений (пункт 1 статьи 414 ГК РФ). Например, новацией может быть прекращено обязательство, возникшее вследствие причинения вреда имуществу.

## Комментарий

- (а) Квалификация того или иного соглашения об изменении (прекращении) обязательства в качестве новации часто вызывала затруднения на практике. Считается, что новация имеет место только тогда, когда стороны проявили свою волю на это, т.е. необходимо обнаружить *animus novandi* — намерение новировать обязательство, заменить одно другим. Если сравнивать всякое соглашение об изменении обязательства и соглашение о новации, то никаких различий в части намерения не обнаруживается. Для того чтобы соглашение об изменении обязательства произвело преобразующий (изменяющий) эффект, также требуется согласованная воля сторон, ибо это *conditio sine qua non* всякого договора. Если стороны не хотели изменения и это доказано, то изменения не будет. Если стороны не хотели новации и это доказано, то новации не будет.

Поэтому когда Пленум разъясняет, что обязательство прекращается новацией, если **воля сторон определенно направлена** на замену существовавшего между ними первоначального обязательства другим обязательством, это не приближает нас к пониманию того, что является новацией, а что ею не является. Это разъяснение, стало быть, имеет другую цель: новация не предполагается<sup>52</sup>. Если, скажем, между сторонами имеется какое-то обязательство и они заключают соглашение о возникновении между ними другого обязательства, это еще не значит, что первое прекратилось вторым. Для такого вывода как раз и необходимо выявить волю на ремиссионный эффект. Именно эта воля противопоставляет одно обязательство другому таким образом, что первоначальное прекращается, а новое возникает.

Особенности нашего понимания новации, которое отграничивает ее от простого изменения обязательства в этом аспекте, заключаются в следующем. Если стороны что-то меняют в условиях обязательства, но намерения новировать обязательство,

<sup>52</sup> Обязательство прекращается новацией тогда, когда воля сторон определенно направлена на замену существовавшего между ними первоначального обязательства другим обязательством (п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 103; далее — письмо № 103).

т.е. заменить одно другим, не обнаружено, то соответствующее соглашение означает, что это не новация, а изменение обязательства. Практическое последствие на самом деле только одно — дополнительные обязательства не прекращаются, если соглашением об изменении обязательства не предусмотрено иное. Однако согласованное изменение будет иметь место и стороны обязаны будут действовать по-новому, таким образом, как они договорились. Прежние условия обязательства не действуют, ибо прекратились их изменением, а действуют новые условия, но это не новация, а изменение условий обязательства (или такой оксюморон — «нено-вирующая новация»).

В постановлении сказано, что новация имеет место, «если воля сторон *определенно* направлена» на это. Использование Пленумом ВС, вслед за Президиумом ВАС, предиката «определенно» по отношению к направленности воли, взятое абстрактно, может вызывать сомнения. Нетрудно заметить, что пассаж про определенность механически и почти дословно заимствован из письма № 103. Но дело в том, что там этот тезис соотносился с приведенным казусом, когда между сторонами имел место договор теплоснабжения, а впоследствии они заключили другой договор о поставке молочной продукции. В этом контексте определенность воли имела то значение, что новация не предполагается, ибо не было доказано, что обязательство по поставке молочной продукции прекратило обязательство по оплате задолженности за теплоснабжение.

Выделенный тезис в отрыве от примера начинает играть уже совсем другую роль, в нем можно усмотреть совсем иной смысл. Первоначальная идея (возникновение последующего обязательства само по себе не означает, что оно прекращает предшествующее обязательство) не видна. В абстрактном разъяснении эта идея совершенно потерялась, и оно может быть интерпретировано по-разному: то ли отсутствие определенности означает незаключенность договора, то ли это означает, что заключен другой договор, то ли что-то еще. Таким образом, перед нами тот случай (о которых говорилось в предисловии комментария в целом), когда казус, будучи перевальцован в абстрактный тезис, утратил прежний контекст, неузнаваемо исказившись. Но контекст имеет значение, иногда решающее. Если судьбы всего лишь стремились продолжить сформировавшуюся практику (новация не предполагается), то на выходе эта мысль оказалась совершенно затушеванной, а определенность направленности воли вдруг заиграла совсем иными смыслами, возможно, не самыми удачными.

Определенность направленности воли принимает вид волеизъявления и выражается вербально или литерально, т.е. в словах. Последнее означает, что всякому соглашению потенциально присуща некоторая степень неопределенности. Даже в самом определенном словесном выражении при желании можно обнаружить некоторую неопределенность. Все зависит от развитости фантазии. Именно поэтому гражданскому праву известен институт толкования договора. А это означает, что в случае неясности соглашения в отношении того, была ли воля сторон направлена на замену одного обязательства другим, суд обязан истолковать это соглашение по правилам ст. 431 ГК.

Пленум же можно понять так, что стоит только обнаружить некоторую (какую?) неопределенность в направленности воли, и суду уже следует констатировать от-

сутствие обновления обязательства. Такое понимание было бы неверным ввиду его избыточной формальности. Это в римском праве на определенном этапе его развития требовалось произнесение строго определенных слов, а современное общество отходит от такого формализма, поскольку учится за словами видеть волю. Слова важны, но смыслы важнее. Если же встать на эту спорную позицию, то нам следует разграничить все сделки на те, в которых направленность воли выражена определенно, и те, где такой определенности нет. Или придется признать, что определенность направленности воли критически важна только для новации (получается, что для прощения долга, договорного зачета, соглашения об отступном, да и вообще для всех договоров определенность не нужна), а это невозможно обосновать рациональным образом, ведь новация не вексель, чтобы требовать от нее «новационной метки» по аналогии с вексельной меткой. Конечно, юридическому методу известны интерпретационные презумпции, когда систематически встречающаяся неясность соглашений угрожает возникновению патовой или чрезвычайно нежелательной неопределенности. Вопрос только в том, так ли обстоят дела именно с новацией и действительно ли практика испытывает критические сложности в связи с «неопределенной новацией». Кроме того, не просматривается сама презумпция (если она вообще здесь возможна), а именно непонятно, как следует квалифицировать соглашение, похожее на новацию, которому недостает этой определенности.

Так или иначе, нашему гражданскому обороту придется существовать в условиях того текста постановления, который мы имеем, т.е. подвергнуться дополнительному юридическому риску, порожденному искажением прежней арбитражной практики. Пленум вдохнул в нее новую, но измененную по внешней видимости жизнь. Но этот риск легко нивелируется, если стороны позаботились о судьбе дополнительных обязательств, ибо в этом случае иррелевантно, является соглашение новацией или нет. Ведь можно считать и так, что «неясная новация» есть «простое» изменение обязательства (новация не предполагается), а значит, дополнительные обязательства не прекращаются. Такая интерпретация разъяснения вполне приемлема и существенных рисков для оборота не несет.

Последнее справедливо, только если судебная практика не встанет на совсем уж неверную позицию, признавая всякую неопределенность в направленности воли основанием для того, чтобы считать соглашение сторон незаключенным вовсе. А такой риск имеется, ибо разъяснение упирает на пресловутую определенность, но не обозначает здесь же, что должно произойти при отсутствии таковой. Остается надеяться, что этого не случится, ибо пугающий призрак такого юридического оксюморона, как «незаключенный договор», все еще угрожает прочности соглашений в российской практике. Этот пассаж про определенность желательно воспринять таким образом, что отсутствие достаточной определенности у соглашения, похожего на новацию, следует интерпретировать как договор об изменении условий обязательства, а не как несостоявшийся вовсе договор. Однако все эти рассуждения, видимо, вообще придется отбросить ввиду наличия абзаца третьего комментируемого пункта, который превращает неясную новацию в отступное, что представляется, осторожно выражаясь, весьма неожиданным (подробнее см. ниже).

- (б) До реформы легальное определение новации содержало два ключевых критерия. Соглашение признавалось новацией, если стороны предусмотрели *иной предмет*

или *способ исполнения*. Под иным предметом часто признавалось иное действие, которое обязан совершить должник (например, передача в собственность вещи вместо уплаты денег). Что касается способа исполнения, то ни науке, ни судебной практике не удалось позитивным образом определить способ исполнения. Арбитражная практика преимущественно двигалась посредством накопления негативного перечня, т.е. таких видов изменения обязательства, которые новации не представляют (например, изменение срока и порядка расчетов)<sup>53</sup>.

Реформа ст. 414 ГК изменила легальную дефиницию, которая теперь не упоминает ни изменения предмета, ни изменения способа исполнения обязательства. Новация представляет собой соглашение о замене первоначального обязательства *другим обязательством*. При самом широком понимании термина «другое обязательство» даже самое мельчайшее изменение любого параметра (в том числе порядка или срока расчетов) в модусе действий означает, что обязательство становится другим. Более узкое понимание названного термина означает, что под другим обязательством понимается иной его вид (кауза). Например, если имелось обязательство по передаче вещи в собственность, а его заменили на обязательство по выполнению определенной работы, то вид обязательства меняется, следовательно, перед нами новация. Несколько сложнее может обстоять дело, если кауза остается прежней, но правовое регулирование задолженного изменяется, например когда первоначальное обязательство предусматривало передачу в собственность движимой вещи, а стороны поменяли его на обязательство по передаче доли в праве.

Пленум избирает другое толкование, отчасти возвращая нас к прошлому подходу. В его понимании новацию определяет два ключевых критерия — *новый предмет и (или) основание обязательства*. Но от этого полной ясности в понимании того, что же является новацией, не возникает. Если раньше искали правильное понимание «иного предмета или способа исполнения», а в связи с новеллой вроде надо искать понимание «другого обязательства», то по Пленуму придется разбираться с пониманием «предмета и основания» обязательства, и дело это не такое уж простое, как может показаться на первый взгляд.

- (б) Понятие «предмет обязательства» встречается в ГК дважды: в п. 1 ст. 322, где идет речь о неделимом предмете обязательства, и в п. 2 ст. 398, где идет речь о вещи, являющейся предметом обязательства. Получается, что по ГК предмет обязательства — это всегда вещь. Ясно, что под предметом обязательства нельзя понимать вещь или имущество вообще, ибо тогда не получится новировать первоначальное обязательство в обязательство без материального предоставления, например обязательство по оказанию услуг.

Можно предположить, что под предметом обязательства следует понимать действие должника. Тогда получается, что новация будет иметь место, если стороны согласовали замену первоначального действия должника новым действием. Но тут возникает тот же вопрос: насколько существенно новое действие должно отличаться от прежнего действия? Представим, что должник был обязан к передаче в собственность коровы, а стороны изменили эту его обязанность на передачу в соб-

<sup>53</sup> Соглашение сторон, изменяющее сроки и порядок расчетов по кредитному договору, не означает изменения способа исполнения обязательства, поэтому не является новацией (п. 1 письма № 103).

ственность быка. Передача коровы не тождественна передаче быка, это разные действия, ибо действие охватывает то, на что оно направлено. Ясно, что приобретатель не вправе более требовать коровы, а может притязать только на совершение действия по передаче в собственность быка (поменялся не вид обязательства, а его объект). Для этого вывода констатация наличия или отсутствия новации значения не имеет. Это станет важным, когда, например, за несвоевременное исполнение обязательства договором установлена неустойка. Интуитивно кажется, что за пределами всяких необычных обстоятельств, которые может нарисовать нам воображение, имущественный интерес приобретателя нарушается одинаково и в том случае, когда не передана корова, и в том случае, когда не передан бык (кого не устраивают животные, поменяйте их на что-то другое: возьмем уже приводившиеся печенья с пирожными). Значит, неустойку желательно сохранить, коль скоро стороны ее не отменили, изменяя обязательство. Но если последнее верно, получается, что понятие «предмет обязательства» для целей определения новации приводит к какой-то нелепице, ведь дополнительное обязательство по неустойке должно прекратиться согласно правилу п. 2 ст. 414 ГК РФ.

Может быть, тогда наше предположение понимания предмета обязательства не верно? Его нельзя сводить к замене одной вещи другой, хотя бы они и характеризовали отличительные черты различных действий. Поищем другое. Нельзя ли считать, что Пленум под новым предметом обязательства все же понимает изменение вида обязательства? Если судьи были последовательны в терминологии, это предположение вроде бы следует отвергнуть, поскольку, когда они желали говорить об ином виде обязательства, они так буквально и делали (см. п. 8 постановления). Тем не менее косвенно верность этого предположения подтверждается п. 27 постановления, где говорится о виде договора. Тогда получается, что новация будет иметь место, если заменяется такое действие, которое является видообразующим для отдельного вида иного обязательства. Соответственно, первоначальное и новое обязательства должны отличаться по виду, и только тогда, а не при любом изменении задолженного действия можно говорить о новации.

Протестируем этот подход на примере. Предположим, между сторонами заключен договор подряда, согласно которому подрядчик принял на себя обязательство сшить костюм для заказчика. Стороны заменяют обязательство портного сшить костюм на его обязательство передать готовый костюм в собственность в тот же срок. Здесь опять ясно, что кредитор требовать выполнения работ более не может независимо от того, новация перед нами или нет. Но как быть с неустойкой за просрочку, предусмотренную договором? Вид обязательства, очевидно, поменялся, ибо *dare* со времен Гая мы отграничиваем от *facere*, разграничивает их и наш Кодекс, так как в главах 30 и 37 написано о разном. Однако, опять же интуитивно, лишить кредитора неустойки в случае просрочки должника по передаче готового костюма кажется несправедливым, ведь кредитору было важно получить костюм в срок.

Естественно, не составит большого труда подобрать примеры, когда сохранение дополнительных обязательств, в том числе и неустойки, при новации будет неуместным или несправедливым. Все это доказывает лишь одно — состояние дел с новацией в нашей юриспруденции следует признать неудовлетворительным, а реформа закона и разъяснение Пленума ничего изменить тут не смогли, поскольку требуется

отказаться от архаических взглядов, но всем жалко расставаться с новацией. Отсюда опять же тривиальный вывод: юристам, заключающим любое соглашение об изменении обязательства, включая новацию, следует определять судьбу дополнительных обязательств в договоре, ибо ни закон, ни судебная практика справедливого результата во всех случаях не обеспечивают. На этом можно было бы и закончить комментарий разъяснений о новации, но чашу придется испить до дна.

- (в) Другой критерий отнесения соглашения к новации оперирует термином «новое основание обязательства». Этот подход прежним правовым позициям известен не был, в законе его тоже усмотреть невозможно. Что же следует понимать под основанием обязательства? Здесь ясный ответ дает закон. Согласно п. 2 ст. 307 ГК обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе. Таким образом, основание обязательства — это тот юридический факт, который в соответствии с законом влечет возникновение обязательства. Здесь с неизбежностью возникает общий теоретический вопрос: возможно ли по соглашению, да и вообще хоть как-то, изменить уже случившийся в прошлом факт? Кажется, люди пока не научились менять свое прошлое. Но это обычные люди, а юристы это давно умеют (например, с альтернативным обязательством именно так и получилось, когда Пленум ввел своим толкованием немецкую норму, определив, что преобразовательный эффект выбора возникает в прошлом). Хотя все же остается неясным, меняется этот факт в прошлом или нет. Может, меняется лишь само обязательство, а все факты в прошлом и в настоящем остаются в своем времени.

Итак, Пленум считает, что своим соглашением стороны могут заменить одно основание возникновения обязательства другим. Какое практическое применение может иметь эта методология? Предположим, между сторонами сложились отношения по денежному неосновательному обогащению. Между ними возник спор о размере этого обогащения вследствие сложных и запутанных фактических обстоятельств. Чтобы внести определенность, после переговоров стороны новируют свое отношение и договариваются считать, что их обязательство возникло из договора займа, а не из кондикции, как на самом деле. Но для этого результата вроде бы не надо было вводить приведенный Пленумом критерий, ибо, если заглянуть в часть вторую ГК, можно обнаружить, что заемное и кондикционное обязательства поименованы там как обязательства разного вида, что подпадает под первый критерий Пленума. Тогда получается, что перед нами логическая ошибка: один классификационный критерий (изменение предмета обязательства, т.е. вида обязательства) совпадает с другим классификационным критерием (изменение основания обязательства). Трудно помыслить, чтобы юристы допустили такую грубую ошибку. Значит, классификационные критерии понимаются иначе.

Возможно, их разграничение зиждется на понимании, основанном на представлениях Гая о понятии обязательства, а не видовом делении обязательств в нашем ГК. Если обязательство не меняет своего фактического содержания (передать вещь, заплатить деньги), то это не изменение вида обязательства, так как внешнее выражение действия не меняется. Например, когда покупатель платит покупную цену, он передает деньги; когда заемщик возвращает сумму займа, он передает деньги. Внешнему наблюдателю невозможно распознать юридическое содержание отно-

шений сторон, следовательно, если кондикционный долг заменен заемным, это изменение не предмета обязательства (предмет остался тем же — платить деньги), а его основания (недоговорное поменялось на договорное). Тогда и замена действия, характерного для одного вида договора, действием, характерным для другого вида договора, будет являться не заменой предмета обязательства, а его основания. Скажем, замена денежного долга, возникшего из купли-продажи, на заемное обязательство будет изменением не предмета обязательства, а его основания. Но это означает видеть в изменении предмета обязательства не юридическое, а фактическое (такой своеобразный *jus naturalism*). Кроме того, опять получается, что замена основания полностью вымещает замену предмета обязательства. Трудно все же воспринять, что изменение правового основания долга не приводит к одновременному изменению вида обязательства, ведь платить цену или кондикционный долг — это не тождественные заемному виду обязательств. Внешне схожее не всегда тождественно юридически.

Все это имеет не очень-то большое практическое значение для определения того, что можно потребовать от должника и к чему он обязан, ведь и в том и в другом случае констатируется наличие новации, а ее единственное практическое последствие — прекращение дополнительных обязательств. Что обязан сделать должник, определяется содержанием соглашения. Более того, введение рассматриваемого классификационного критерия (новое основание обязательства) мало что дает. Гай позволяет нам сделать лишь первый шаг, а необходим и второй. Дело в том, что после обнаружения изменения основания обязательства все равно придется перейти к распознаванию вида обязательства, ведь от этого зависит, какие нормы закона подлежат применению к обновленному отношению. Это ясно показано в п. 28, когда Пленум обоснованно ориентирует суд определять, нормы какого договора (поименованного, непоименованного, смешанного) подлежат применению к правоотношению, возникающему вследствие новации.

Введение рассматриваемого критерия с неизбежностью ставит еще один вопрос для новации. Любое ли основание возникновения обязательства может быть заменено также любым другим основанием? Кажется, что ответ должен быть отрицательным. Например, сложно представить себе, как договорное обязательство можно заменить на деликтное. А вот обратное движение вполне возможно. Значит, требуется определить допустимые и недопустимые комбинации для новации, от чего этот предварительный комментарий пока надо избавить, обозначив лишь направление для сортировки. На первый взгляд кажется допустимым преобразование недоговорного обязательства в договорное, обратное представляет с трудом.

Независимо от того, какая разновидность новации имеет место при замене, скажем, кондикционного обязательства на заемное, следует учитывать, что для самого долга это не имеет значения. Будет ли новация или нет, должник обязан платить. Является ли это заменой предмета обязательства или заменой основания обязательства, должник обязан платить. Тут надо учесть единственное практическое последствие новации, которой нужно непременно уничтожить дополнительные обязательства. Как известно, неосновательное денежное обогащение влечет начисление процентов по правилам п. 2 ст. 1107 ГК, которые суть дополнительные требования. Следовательно, новация неосновательного денежного обогащения



в заемное обязательство уничтожает право кредитора на получение этих причитающихся ранее процентов (см. п. 24). Получается, и тут возникает новый юридический риск, который требуется нивелировать договором.

- (г) Можно помыслить себе такой случай, когда один договор (обязательство в широком смысле) как юридический факт заменяется на другой и в результате это не порождает никакого нового обязательственного требования. Допустим, по договору аренды движимой вещи с полностью выплаченной арендной платой стороны договариваются заменить арендное обязательство на договор купли-продажи с отнесением арендной платы в счет покупной цены. Можно ли приравнять такую сделку к новации? Едва ли, поскольку у нее иная цель — перенести право собственности на покупателя (бывшего арендатора), при этом обязательство возратить вещь тем не менее прекратится. Но ведь замена основания обязательства вроде бы имеет место, а значит, это новация. Тут уместно вспомнить, что из п. 5 постановления можно сделать вывод, что Пленум не включает в понятие обязательства обязанность продавца по передаче права собственности. Получается, что замена основания обязательства влечет неновирующую новацию, ибо никакого нового обязательства не возникает.
- (д) Третье предложение первого абзаца комментируемого пункта выглядит как своего рода инструкция по обозначению в соглашении содержания волеизъявления на новацию. Частным случаем такого волеизъявления Пленум считает указание на обязанность должника предоставить *только* новое исполнение и (или) право кредитора потребовать *только* такое исполнение. Включение в формулировку слова «только», видимо, и есть тот самый маркер, или «новационная метка», который делает волеизъявление достаточно определенным, чтобы констатировать новацию. Хотя уверенности в этом нет, в том числе и потому, что обычно стороны договора о новации так не выражаются. Из ГК скорее следует другое словоупотребление: замена одного обязательства другим. Для того чтобы выразить волю сторон на такую замену, использовать слово «только» не нужно. Обычно стороны или обозначают в договоре, что они договорились о замене одного обязательства другим, или указывают, что договорились прекратить одно обязательство другим, или предусматривают, что должник обязан вместо одного обязательства исполнить другое обязательство, и т.п. Иными словами, трудно себе представить, что сторонам, желающим согласовать новацию, потребовалось бы использовать слово «только», — его некуда приладить.

Правовое регулирование, неважно, кем оно устанавливается — законодателем или судом, в части того, какими словами следует договариваться участникам гражданского оборота (если такое регулирование вообще уместно), должно интуитивно угадываться средним участником оборота, но есть сомнения, что предложенный вариант отвечает этому пожеланию. Если упор делается на это загадочное «только», можно попытаться предположить от обратного, чего не следует указывать в новации, т.е. что судьи хотели предотвратить. Может быть, речь идет об опасении, что стороны, договариваясь о новации, опрометчиво начнут указывать, что должник может обязаться предоставить как новое, так и прежнее исполнение, а, соответственно, кредитор может потребовать как нового, так и прежнего исполнения? Но тогда это было бы добавление к одному обязательству еще одного обязательства, а это, скорее, полная противоположность новации,

контрновация, что в силу свободы договора, конечно, возможно, но при новации так никто не делает. Это какое-то атипичное поведение, и вряд ли Пленум его имел в виду.

Может быть, рассматриваемое разъяснение преследует цель побудить к разграничению новации и альтернативного обязательства, по которому должник обязан произвести либо одно, либо другое исполнение, а кредитор при просрочке должника вправе требовать не только одного исполнения, но и другого. Но и это кажется сомнительным, ибо нельзя сказать, что кредитор всегда вправе требовать или одно или другое исполнение, поскольку последнее, как указано, возможно только при просрочке должника (п. 1 ст. 320 ГК). Ясно, что стороны ординарного обязательства могут изменить его, чтобы оно стало альтернативным, но в этом случае никакой новации не случается, так как никакое из обязательств не прекращается, если первоначальное ординарное обязательство остается в качестве одной из альтернатив.

Есть также версия, что такой формулировкой можно отграничить новацию и отступное по факультативной модели. Но и она кажется маловероятной, поскольку предложенная в постановлении формулировка как раз частично совпадает с факультативным обязательством. Ведь именно по такому обязательству кредитор может требовать только одного исполнения и должник обязан только к одному исполнению, но имеет право предложить другое, к которому как раз не обязан. Остается одно: в указанном словоупотреблении Пленуму видится ясное указание на то, что уж прежнее обязательство точно не должно исполняться, коль скоро и кредитор вправе требовать исполнения только нового, и должник обязан к исполнению только нового обязательства. Несмотря на всю несуразность таких выражений, суды побуждаются отыскивать их в соглашениях о новации. Поэтому с практической точки зрения стремящимся получить новацию желательно включать эти магические слова в соглашение, остальным же следует упираться на то, что это лишь частный случай обозначения воли сторон на новацию, а потому допустимы и другие выражения.

- (е) Вслед за прежней арбитражной практикой Пленум также формулирует своего рода негативный список изменений обязательства, которые новацией не являются. К таковым он относит: 1) уточнение размера долга; 2) определение размера долга; 3) уточнение срока исполнения; 4) определение срока исполнения. Соглашение об этом, если оно не сопряжено с изменением предмета и основания возникновения обязательства, новацией не является. Про изменение сроков и порядка расчетов здесь буквально ничего не говорится, но едва ли имелось в виду, что подход должен поменяться, поскольку указанные действия, хотя и характеризуют отчасти предмет обязательства, собственно предметом обязательства не являются, как бы ни определять само понятие «предмет обязательства». Что касается соглашения об *уточнении*, будь то размера долга или срока исполнения, то такое понятие в обязательственном праве известно только рамочному договору, по которому стороны вправе уточнять общие условия обязательственных взаимоотношений (п. 1 ст. 429.1 ГК). Видимо, под уточнением надо все же понимать изменение того или иного срока или размера долга в имеющемся между сторонами обязательстве, а термин «уточнение», быть может, взят для того, чтобы не использовать однокоорденное с «заменой» слово «изменение».

Что касается соглашения об определении размера долга, которое новацией не является, то оно может, конечно, вызывать вопрос о наличии долга, не имеющего размера. Получается, что до заключения названного соглашения имелось некоторое обязательство, размер долга по которому не только не определен, но и неопределим, ибо в последнем случае опять же пришлось говорить не об определении размера долга, а о его уточнении, а на самом деле об изменении. Возможно, здесь имеются в виду случаи, когда, например, по абонентскому договору (обязательству в широком смысле) кредитор запрашивает определенный объем исполнения, а должник акцептует его конклюдентно, тем самым можно наблюдать соглашение об определении размера долга по обязательству в узком смысле.

Добавление к разъяснению столь излюбленного в стилистике судебной практики выражения «само по себе» порождает неопределенность, ибо получается, что изменение названных выше параметров обязательства новацией не является, но в каких-то случаях может и являться. Как это может случиться, если названные изменения не сопряжены ни с изменением предмета, ни с изменением основания возникновения обязательства (на что прямо указано в тексте), остается только догадываться. Получается, что участники гражданского оборота не могут с уверенностью считать, что изменение названных условий не приведет к новации, а потому каждое такое изменение следует снабжать подтверждением сохранения дополнительных обязательств, чтобы не столкнуться с неизвестным пока исключением, на которое недвусмысленно указывает использованный оборот «само по себе».

Приведенные случаи показывают, что изменение условий обязательства может быть очень существенным по количественным характеристикам, но дополнительные обязательства, коль скоро это не новация, они не затронут. Тогда как изменение предмета обязательства, какое бы незначительное последствие это ни повлекло для размера имущественного притязания, оказывает на них кардинальное влияние. Это еще раз демонстрирует, что такое практическое значение новации, как прекращение дополнительных обязательств при молчании договора, — решение недостаточно гибкое.

- (ж) Бесплодные попытки сохранить и отступное, и новацию как некие самостоятельные правовые институты неизбежно приводят к проблеме их разграничения, порождающей не самые желательные последствия. Это и неудивительно, если отступное и есть новация, а новация на самом деле есть всего лишь разновидность изменения договора. Дифференцировать тождественное — дело нелегкое. Закрепленная в Пленуме презумпция отступного при наличии сомнений относительно того, на что была направлена воля сторон (на отступное или новацию), вызывает очень серьезные опасения. Последние зиждутся в основном на уже приведенных обоснованиях — отступное является невыгодной для кредитора сделкой, и получается, что последнему навязывается факультативная модель обязательства с частным мораторием. Известно, что соглашение о новации, как и об отступном, часто заключается при неисполнении должником обязательства. И если кредитор рассчитывал неясной новацией получить иное предоставление, то он его не получит, если того не пожелает сам должник.

Кроме того, данный подход противоречит принципу бритвы Оккама, ибо выходит, что при выборе между двумя вариантами предпочтение отдается не более простому

(новация), а более сложному (факультативная модель отступного). Стороны договариваются, пусть и не очень ясно, что вместо одного должно быть исполнено другое, и правопорядок считает, что, скорее всего, они имели в виду довольно редкую и непростую конструкцию с двойственным инвариантным модусом исполнения, дополненным секундарным правом, да еще и осложненным частным мораторием. Если ранее сей продукт предлагался коммерческому обороту, да и то в виде всего лишь примера в обзоре, то теперь он распространен и на отношения с участием обывателей и к тому же как общая модель, вытекающая из толкования закона. Так и хочется представить себе двух сельских жителей, обсуждающих передачу вязанки дров вместо половины стога сена, замена которого без *presumptio facultas solutionis* немислима. Как бы ни получилось, что граждане вскоре обучатся на своем опыте и новации, и факультативному обязательству, о которых ранее и слыхом не слыхали. Помимо этого, нельзя не отметить, что новация влечет обязанность должника к исполнению, тогда как отступное дает право на замену исполнения. Получается, что стороны попытались установить обязанность к новому исполнению, а получили право должника прибегнуть к новому исполнению, если он того захочет.

Остается надеяться, что в глазах судей участники оборота не окажутся настолько косноязычными в направленности своего намерения договориться о новации, что вместо нее получают отступное. Юристам же, не желающим попасть вместо новации в отступное, видимо, можно попытаться снизить риск возникновения у судей сомнений путем включения в соглашения позитивной деклараторной квалификационной оговорки. Например, указать, что стороны достигли понимания, что данное соглашение является новацией, или, наоборот, установить негативную деклараторную квалификационную оговорку — стороны достигли понимания, что данное соглашение не является отступным.

Нет сомнений, что открытое в арбитражной практике понимание отступного есть виртуозный полет цивилистического интеллекта, но именно это и смущает: люди предпочитают простые, а не сложные решения. А если уж им непременно нужно чего-то особенного, то они сами опишут это в своем соглашении, но презюмировать такое означает ориентироваться не на среднего человека, а на интеллектуальный клуб знатоков и любителей редкостей.

Если при решении вопроса о разграничении альтернативного и факультативного обязательства, прежде чем обратиться к презумпции (тоже весьма спорной, см. комментарий к п. 3), Пленум хотя бы ориентирует суды на толкование соглашения (ст. 431 ГК), то здесь почему-то необходимость выявления действительной воли не упоминается. Помимо этого, данное весьма сомнительное направление усиливает негативный эффект от распространения факультативной концепции отступного. Можно говорить о победном шествии, или экспансии, отступного на полях прекращения обязательств. Мало того, что названная концепция навязана сторонам, которые всего-то договорились о том, что обязательство прекращается уплатой денежных средств или передачей иного имущества, но также навязывается и сторонам всякой неясной новации. А неясность возникнет каждый раз, когда направленность воли не обладает необходимой степенью определенности (об этом см. выше), но измерителя степени определенности у нас нет. Хорошо хоть Пленум не объявил, что любое не вполне ясное соглашение о прекращении обязательства приравнивается к отступному, а иначе так дело скоро дошло бы до того, что всякий

не очень ясный договор окажется соглашением об отступном, на котором только и будет выстраиваться весь гражданский оборот.

- (з) Участники гражданского оборота вследствие развитости экономического взаимодействия нередко состоят друг с другом одновременно не в одном, а в нескольких обязательствах. Поскольку они сами определяют юридическую судьбу своих обязательств, предметом новации могут быть сразу несколько обязательств, что и разъясняет Пленум. Также он отмечает отсутствие препятствий договориться о прекращении нескольких обязательств, возникших из различных оснований. Как верно указывает Пленум, основанием для этого служит свобода договора, а именно возможность согласовывать различные условия договора по собственному усмотрению. Печально, если это разъяснение является реакцией на соответствующие судебные ошибки, ибо страшно представить себе уровень юридического образования цивилиста, которому это было не ясно. В части количества обязательств к такому заблуждению может привести только вульгарный позитивизм (раз в п. 1 ст. 414 ГК обязательство названо в единственном числе, то и новировать можно только одно обязательство за раз (*sic!*)). Это очередной тревожный сигнал для оценки состояния дел в нашей юриспруденции. Если окинуть взглядом практику высших судов последних двух десятилетий, то легко увидеть, что им приходилось все время напоминать одно: так можно договариваться. Задумываясь о причине происходящего, все больше кажется, что ею является не только, а может, даже и не столько недостаток юридического образования, сколько отсутствие собственного внутреннего чувства свободы, которое *volens nolens* таким образом воздействует на принцип свободы договора в гражданском праве, что он превращается в свою противоположность: договариваться можно только о том, что дозволено законом.

При прекращении сразу нескольких обязательств новацией их индивидуализация может осуществляться различным образом: стороны могут поименовать каждое из обязательств в узком смысле, стороны могут определить новлируемые обязательства через их размер (хотя здесь есть риски неопределенности), возможна также тотальная индивидуализация посредством указания на основание их возникновения (например, все обязательства, возникшие из соответствующего договора), возможна видовая характеристика (например, все обязательства по уплате неустойки), возможно также и сочетание разных методов. Здесь важно соблюдать аккуратность, чтобы недостаточная индивидуализация не порождала нежелательной неопределенности, равно как и наоборот, чтобы избыточно пространная индивидуализация не привела к противоречиям.

- (и) При новации нескольких обязательств может возникать вопрос о том, какую цель преследовали стороны, объединяя в одном соглашении несколько обязательств. Дело в том, что воля сторон может быть направлена на **автономную новацию** каждого обязательства, так что никакой связи между ними не имеется. Стороны готовы прекратить и одно обязательство, независимо от того, каковой окажется судьба другого обязательства, которое тоже предполагалось новировать. Иными словами, распространение соглашения сразу на несколько обязательств чисто техническое, а намерение сторон не увязывает новацию одного обязательства только с новацией другого обязательства. Такой мотив, если он имеется, желателен вводить в каузу сделки, обозначая эту цель совокупной новации.

**Совокупная новация** обозначает намерение сторон прекратить непременно несколько обозначенных обязательств. Также совокупная новация может следовать из характера нового обязательства, которое предопределяет намерение сторон. Например, два заемных обязательства должника, возникших из разных договоров займа, в совокупности новируются в его обязательство передать в собственность кредитору одну индивидуально-определенную вещь. Такая новация является совокупной, что может получить значение, например, при недействительности новации одного из заемных обязательств, поскольку недействительной будет и новация другого обязательства. В этих же условиях автономная новация, когда, например, стороны договорились, что одно заемное обязательство прекращается новым обязательством о предоставлении в собственность вещи, а другое заемное обязательство прекращается новым обязательством по выполнению работ, при недействительности одного из первоначальных обязательств (или его новации) не влечет недействительности новации другого обязательства. Иными словами, здесь действует логика ст. 180 ГК о недействительности части сделки.

Стороны могут заключить такое соглашение, в котором новируются обязательства каждой из них, находящиеся в синаллагматической связи (**взаимная новация**). Аналитически здесь можно усмотреть две взаимообусловленные новации. Допустим, стороны состояли в отношениях по неисполненному договору мены и заключили соглашение, согласно которому одна сторона принимает на себя новое обязательство, скажем о выполнении услуг, а другая сторона — обязательство об оплате этих услуг. Если, например, одно из новых обязательств оказывается недействительным, то недействительным должна быть и вся взаимная новация. Иное не соответствовало бы цели сторон, ибо их намерение заключалось в замене всего договорного типа мены на взаимные обязательства по договору возмездного оказания услуг. К примеру, представим, что новое обязательство по оказанию услуг оказалось недействительным. Тогда, если новацию другого обязательства признать действительной, в совокупности это будет давать другой вид договора, а именно купли-продажи, который стороны не имели в виду получить в своих отношениях.

- (к) Такая характеристика новируемых обязательств, как **возникшие**, дана в контексте рассматриваемого разъяснения, как представляется, сугубо по лингвистическим причинам. Тем не менее это дает повод задаться вопросом о возможности договориться о новации будущих обязательств, т.е. еще не возникших. Норма закона этому не препятствует. Хотя широкой практики новирования будущих обязательств не наблюдается, теоретических препятствий к этому также нет. Некоторые затруднения у сторон могут возникнуть с индивидуализацией будущих обязательств, которая, безусловно, необходима, но эти затруднения не больше и не меньше тех, которые характерны и для других соглашений по поводу будущих обязательств, например соглашения об уступке будущего права. Кроме того, для такой разновидности соглашения о новации не только понадобится определить два обязательства (первоначальное и новое), но также желательно указать, в какой момент и (или) при каких условиях эта новация будет иметь место. При отсутствии такого указания первоначальное обязательство прекратится новацией сразу же по возникновению будущего обязательства.

- (л) Реформа ст. 414 ГК привела к исключению прежнего п. 2 этой статьи (соответственно, прежний п. 3 стал пунктом 2). Он предусматривал, что новация не допускается в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов. Одновременно с этим законодатель дополнил п. 1 данной статьи блокирующей новацию оговоркой, согласно которой новация допускается, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений. Отсюда можно заключить, что патерналистские ограничения новации сняты (вред личности, алименты), но введены ограничения с отсылкой к закону и существу отношений.

Реакция Пленума на эти законодательные метаморфозы более чем сдержанная. Обращая внимание судей на блокирующую оговорку, он приводит тем не менее позитивный пример, указывая, что новацией может быть прекращено обязательство, возникшее вследствие причинения вреда имуществу. Последнее и ранее было возможно. Куда полезнее было бы узнать, не намерен ли Пленум с учетом состоявшейся реформы воспринять ее таким образом, что она лишь генерализовала случаи недопустимости новации, что может означать недопустимость новации в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов как противоречащей существу обязательства. Тот факт, что в указанном позитивном примере выбран именно случай новации деликтного обязательства, возникшего из причинения вреда имуществу (аналогично в п. 24), а не личности, может укрепить уверенность в названном намерении, однако ясности здесь нет. Никаких примеров недопустимости новации, которые были бы особенно полезны в отношении столь неопределенного критерия, как существо обязательства, не приводится. В отношении новации по алиментному обязательству, как представляется, должны соблюдаться соответствующие предписания Семейного кодекса, с тем чтобы не допустить тех же последствий, которые недопустимы для соглашения об уплате алиментов (ст. 102, п. 2 ст. 103 СК). Но сама по себе новация алиментного обязательства, как представляется, не должна запрещаться.

Новация недопустима в том случае, когда согласно закону не допускается прекращение обязательства по соглашению сторон (см. комментарий к п. 1). Специальные случаи запрета новации законом не выявлены.

**23. В случае новации договорного обязательства должник по такому обязательству не лишается прав на возражения и иные способы защиты, предусмотренные статьей 328 ГК РФ, например на приостановление своего исполнения (пункт 2 статьи 328 ГК РФ).**

### Комментарий

- (а) Как уже отмечалось при анализе прекращения обязательств вообще, следует учитывать структуру обязательств, в частности их деление на обязательства в узком смысле и обязательства в широком смысле. Последнее справедливо и для новации. Несмотря на отсутствие статистики, можно рискнуть предположить,

что во множестве случаев новации подвергаются обязательства, возникшие из двусторонне обязывающего договора. Среди этих договоров выделяются такие, которые влекут возникновение sinalлагматического обязательства (ст. 328 ГК), когда каждая сторона осуществляет свое предоставление в обмен на другое. Новация предполагает прекращение обязательства в узком смысле, т.е. аналитически из всего договорного отношения вычленяется обязательство в узком смысле, согласно которому должник обязан совершить в пользу кредитора некоторое действие, и это обязательство заменяется на другое обязательство. Но на самом деле правильно представить дело так: внутри всего договорного отношения в целом меняется его отдельный элемент, причем трансформируясь содержательно, он не выпадает из дизайна всего договорного отношения. Наоборот, он как бы встраивается в его конструкцию и подчиняется всему правовому режиму. Но и договор может испытывать воздействие нового элемента, преобразуясь в иной вид.

Пленум полагает, что sinalлагматический характер обязательства останется прежним, если предоставление одного вида поменяется на другое. Обратимся к простейшему примеру. Допустим, в правоотношении по договору купли-продажи обязанность продавца передать в собственность вещь заменяется на его обязанность изготовить такую же вещь. Если, скажем, договор купли-продажи предусматривал предоплату, то после новации должник вправе приостановить исполнение своего обязательства выполнить работу по изготовлению вещи, пока не получена сумма предоплаты. При этом если взять все договорное правоотношение в целом, то замена в нем видообразующего элемента приводит к тому, что к соответствующим отношениям сторон следует применять не правила о купле-продаже, а правила о подряде. Но оба вида обязательства — sinalлагматические. Таким образом, идея разъяснения такова: новация одного из обязательств в sinalлагме сама по себе его sinalлагматического характера не меняет. Для того чтобы это случилось, требуется применить иное основание прекращения обязательства, например прощение долга.

Свое суждение Пленум буквально формулирует только для новации **договорного обязательства**. На первый взгляд иначе и быть не может, ведь sinalлагматические обязательства возникают из договоров. Последнее, однако, не так. Если бы sinalлагматические обязательства возникали только из договоров, ст. 328 ГК следовало бы перенести из главы 22 в главу 27. Но обоснование следует выстроить, конечно, не только на систематике норм ГК, этого недостаточно, ибо она порой нарушается законодателем (см., например, ст. 327.1 ГК).

Хотя в доктрине это пока еще является дискуссионным, обязательства по двусторонней реституции также нужно отнести к sinalлагматическим. Догматически это обосновывается указанием подп. 2 п. 3 ст. 307.1 ГК, согласно которому по общему правилу общие положения об обязательствах, а следовательно, и ст. 328 ГК, применяются к отношениям, связанным с применением последствий недействительности сделок. С политико-правовой точки зрения это верно, потому что было бы несправедливым, если бы одна сторона двустороннего реституционного правоотношения вернула себе предоставленное по недействительной сделке, а другая сторона могла бы подвергаться риску не получить предоставленное. Ведь идея sinalлагмы уменьшает этот риск, а значит, ее



механизм пригоден и для двусторонней реституции. Соответственно, комментируемое разъяснение подходит и для случая новации реституционного обязательства. Естественно, последнее есть смысл обсуждать, когда реституционное обязательство допустимо прекращать новацией. Касательно последнего Пленум упускает высказаться общим образом, упоминая новацию лишь денежного реституционного обязательства в следующем пункте. Но в отношении отступного это делается более пространно и специально (см. п. 2 постановления), и нет оснований не распространить все сказанное об отступном и на случаи новации реституционного обязательства.

Под *иными способами защиты*, помимо возражений по ст. 328 ГК, понимается, видимо, в том числе требование о возмещении убытков. Здесь, скорее всего, имеется в виду та простая мысль, что сам по себе факт новации обязательства должника в синаллагматическом обязательстве не лишает права требовать возмещения убытков, возникших из-за неправомерных действий другой стороны обязательства, прежде всего связанных с недостатками ее предоставления, включая просрочку (нарушения неновированного обязательства). Понятно, что в соответствующих случаях такой должник вправе не только приостановить исполнение своего новированного обязательства, но и отказаться от исполнения, а также требовать возмещения убытков или применения иных санкций, предусмотренных законом или договором. Ничего этого новация сама по себе не умаляет.

- (б) Оценивая наличие у должника всех прав, предусмотренных ст. 328 ГК, следует учитывать динамику развития обязательственного отношения. Дело в том, что указанные права не всегда могут найти почву для применения. Новация обязательства может происходить на любой стадии развития обязательственного правоотношения, пока обязательство еще существует. Состояние противостоящего обязательства при этом правового значения для новации значения не имеет.

Вернемся к примеру и несколько изменим его. Предположим, что контрагент новированного обязательства должника осуществил предоплату в части. Согласно названной норме должник вправе приостановить свою работу в неоплаченной части, т.е. здесь имеется соответствующее право по ст. 328 ГК, как и в изначальном примере. Изменим пример еще раз — предоплата осуществлена полностью. У должника из новированного обязательства не осталось никаких прав, предусмотренных ст. 328 ГК, возражения более не имеют предмета. Получается, что новация элемента синаллагматического обязательства в некоторых случаях, смотря по состоянию другого обязательства, может приводить к тому, что ст. 328 ГК применить невозможно. Иными словами, правовой режим синаллагмы зависит от состояния дел внутри нее самой, а не от того, имела ли место новация одного из обязательств, составляющих синаллагму. Таким образом, динамика противостоящего новированному обязательства может оказывать воздействие на права должника по этому новированному обязательству.

О некоторых проблемах, которые могут возникнуть при применении к неновированному обязательству правил о первоначальном договоре, см. комментарий к п. 28.

**24. По соглашению сторон долг, возникший из договоров купли-продажи, аренды или иного основания, включая обязательства из неосновательного обогащения, причинения вреда имуществу или возврата полученного по недействительной сделке, может быть заменен заемным обязательством (пункт 1 статьи 818 ГК РФ).**

**В случае новации обязательства в заемное в качестве основания для оспаривания не может выступать непоступление предмета займа в распоряжение заемщика.**

**С момента заключения соглашения о новации у должника возникает обязанность по уплате процентов за пользование займом, если иное не предусмотрено законом или таким соглашением (пункт 1 статьи 809 ГК РФ).**

## **Комментарий**

- (а) Чаще всего необходимость в новации возникает либо вследствие изменившихся потребностей кредитора, либо из-за затруднений должника в исполнении первоначального обязательства. Поэтому повсеместно наблюдается, что вместо одного действия предусматривается совершение другого действия. При этом данное другое действие — иное по самому своему содержанию, т.е. вследствие новации должник обязан совершить действие иного вида, чаще всего по предоставлению другого блага кредитору. Уплата денег заменяется на обязательство передачи вещи в собственность, выполнения работ, оказания услуг, предоставления во временное владение имущества и т.д., и наоборот, неденежное обязательство заменяется денежным. Естественно, что нет препятствий заменить одно неденежное обязательство на другое также неденежное. Однако позитивному праву и практике известен и такой феномен, когда денежное обязательство заменяется денежным обязательством, но другого вида. Речь идет о новации долга в заемное обязательство (ст. 818 ГК). Пункт 1 данной статьи предусматривает, что по соглашению сторон долг, возникший из купли-продажи, аренды или иного основания, может быть заменен заемным обязательством. При этом согласно п. 2 этой статьи замена долга заемным обязательством осуществляется с соблюдением требований о новации (ст. 414) и совершается в форме, предусмотренной для заключения договора займа (ст. 808).

Такое положение вещей не может не возбудить вопроса: а какой смысл менять денежное обязательство на денежное? Если потребности кредитора меняются и ему предпочтительнее вместо денег получить иное благо, то такая новация ему не нужна. Если должник стеснен в деньгах и не может уплатить долг, то и ему такая новация без надобности. Получается какая-то бессмыслица, законодатель предусмотрел ненужное. Но не все так просто, ибо потребности участников гражданского оборота разнообразнее названных интересов.

Множество договоров в гражданском праве имеет меновый характер, когда одно благо обменивается на другое. Экономический баланс в отношении соблюдается, когда одно лицо, отдавая свое благо, тут же получает в обмен другое благо. Соотношение имущественных масс сторон в этом случае условно не меняется (психологически это не так, ибо каждый считает полученное более ценным, чем отданное, иначе сделка не состоялась бы, но для целей данного комментария этот аспект не важен). Однако в силу целого ряда экономических, организационных и мно-

гих других причин повсеместно наблюдается темпоральный разрыв синаллагмы, когда одна сторона осуществляет предоставление первой, а получает встречное исполнение спустя некоторый промежуток времени, определенный договором. Экономически это не что иное, как кредитование, ибо одна из сторон какое-то время пользуется благом, не предоставив пока за него ничего взамен. Плата за такое кредитование нередко заложена в цену. Например, товар, проданный в кредит, оказывается дороже, чем предоплаченный товар. Но это (установление цены) не единственное юридическое средство, позволяющее учесть имущественный интерес кредитора. Он может достигаться и установлением платы за кредитование, т.е. уплатой процентов за пользование кредитом (займом). По усмотрению сторон такие проценты могут быть установлены договором, что представляет собой коммерческий кредит (ст. 823 ГК).

Изложенное показывает одну из причин, когда новация денежного обязательства в заемное обязательство имеет вполне себе рациональное объяснение. Например, должник, стесненный в деньгах, договаривается о более позднем сроке уплаты долга за полученные товар, работы, услуги, пользование имуществом с одновременной новацией своего обязательства в заемное и установлением процентов за пользование займом в соответствующий период. Тут, конечно, есть почва для размышлений о том, чем такая новация отличается от предоставления отсрочки с добавлением процентного обязательства. Видимо, по существу ничем, но последнее есть простое изменение обязательства, а новация должна иметь ремиссионный эффект, т.е. непременно нужно считать прежнее обязательство прекратившимся, а новое с процентами — возникшим вместо первоначального. Зачем нужно считать именно так, а не рассматривать это в качестве изменения обязательства, сказать могут только римские юристы, но они уже все сказали.

Тут надо принимать во внимание, что установление процентов при темпоральном разрыве синаллагмы рассматривается в качестве коммерческого кредита и на отношения по общему правилу распространяются нормы о займе (п. 2 ст. 823 ГК). Например, если покупатель, получивший товар с отсрочкой его оплаты (постоплата), договаривается с продавцом о добавлении процентного обязательства, отношения сторон подпадают под заемные независимо от того, считать такое изменение условий обязательства новацией или нет. Получается, что стороны могли бы достигнуть тех же результатов простым изменением условий обязательства без необходимости обращения к норме о новации долга в заемное обязательство, в связи с чем необходимость в ст. 818 ГК можно поставить под сомнение. Причем изменение обязательства угрозы дополнительным обязательствам не представляет, а новация — напротив. Выходит, что структура обязательства при добавлении к нему процентов и при новации его в заемное оказывается одинаковой, экономические отношения тождественные, имущественные интересы сторон также не отличаются, а правовые последствия разнятся.

Помимо изложенной причины, стороны могут иметь и другой мотив новации долга в заемное обязательство. Отношения сторон, особенно в коммерческой сфере, нередко бывают сложными и даже запутанными и спорными. У них могут возникать разногласия в отношении предоставления одной или обеих сторон как по количеству, так и по качеству, равно как и по другим параметрам исполнения. Зачастую стороны осуществляют в этих случаях так называемую сверку расчетов,

что завершается составлением акта о сверке расчетов. Обычно этого достаточно, и стороны могут считать, что их дела приведены в порядок. Но порой кредитор или должник (или они оба) желает придать установленному *status quo* более прочный характер. Они могут договориться, что прежний долг, возникший из какого-либо основания, прекращается новацией в заемное обязательство. Это снижает риски возобновления контроверз.

Хотя тут не все так просто. Например, если долг за поставленный товар новирован в заемное обязательство, а впоследствии выяснится, что поставленный товар имеет скрытые недостатки, которые уменьшают его цену, то «заемщик» должен иметь право уменьшить размер суммы «займа». Чтобы перевернуть страницу в отношениях сторон, новация долга в заемное обязательство — не самое удобное средство. Если стороны действительно желают подвести черту их взаимодействий в прошлом и вывести денежное сальдо их итогового имущественного состояния, следует заключить соглашение о прекращении всех обязательств, а указанное сальдо облечь в вексель. Хотя и в этом случае некоторое пространство для возражений остается, если будет установлено, что векселедержатель, приобретая вексель, действовал сознательно в ущерб должнику. Последнее не удивительно, ибо сколько ни старайся создать абстрактный долг, право все равно нащупывает дорогу, ведущую в сторону каузальности, потому что только последняя открывает врата справедливости.

В п. 1 ст. 818 ГК законодатель устанавливает допустимость новации долга, возникшего из договоров купли-продажи, аренды и иного основания. Под иным основанием следует понимать любой юридический факт, влекущий возникновение долга. На раскрытие понятия «*иное основание*» и направлено разъяснение. Обращаясь к его тексту, нельзя не заметить, что в первом абзаце Пленум перечисляет три не поименованных в норме вида обязательств, которые могут быть новированы в заемное обязательство. Это обязательства из неосновательного обогащения, причинения вреда имуществу и обязательство возврата полученного по недействительной сделке. Пленум прямо не указывает, что дополнение перечня обязательств не является исчерпывающим. Здесь был бы уместен оборот «...включая, но не ограничиваясь обязательствами ...» или подобный ему. Тем не менее трудно предположить, что существующая редакция демонстрирует рестриктивные намерения судей. Последнее, однако, не очевидно в отношении обязательств, возникающих из причинения вреда личности.

- (б) По правилам ст. 812 ГК заемщик вправе оспаривать заем по безденежности. Последнее означает его юридическую возможность доказывать, что предмет договора займа в действительности не поступил в его распоряжение или поступил не полностью. Пленум, однако, достаточно категорично утверждает, что в случае новации обязательства в заемное в качестве основания для оспаривания ***не может выступать непоступление предмета займа в распоряжение заемщика***. Это разъяснение может быть воспринято двояко.

Запрет оспаривания новации по безденежности, провозглашенный в постановлении, может восприниматься буквально. Если договор займа заключен ordinарным образом, то его оспаривание по безденежности допускается; если же заемный долг возник вследствие новации, то такое оспаривание запрещено. Как можно обосновать подобную дифференциацию? Коль скоро должник заключил соглаше-

ние о новации, он признал свой долг. Иное сложно помыслить — никто не новировует несуществующий долг. Стороны для того и заключили соглашение о новации, чтобы исключить контroversы в части их прошлых отношений, возникших из того или иного основания. То есть стороны хотят перевернуть страницу в своих прежних отношениях и начать их заново с чистого заемного листа. Возврат к прошлым отношениям обесмыслил бы само заключение соглашения о новации, ее связывающая сила оказалось бы в значительной степени иллюзорной. Оспаривание договора займа по безденежности допускается потому, что сам факт наличия договоренности еще не означает, что она была реализована и заем выдан, но наличие новации долга в заемное обязательство означает, что долг имел место. Кроме того, возможно, данное разъяснение сформулировано в противовес предыдущему разъяснению о синаллагме, когда новированное обязательство встраивается в структуру синаллагматического обязательства. Здесь дело можно представить таким образом, что синаллагма как раз не сохраняется, несмотря на то что долг возник из купли-продажи или аренды, остается только одна обязанность — «вернуть» сумму займа и уплатить проценты. Возможно, эти или подобные соображения и являются причиной данного разъяснения, но, может быть, это не так.

Новация в заемное обязательство может распространяться на долг, в частности возникший из купли-продажи. Отсюда следует, что покупатель вправе возражать, в том числе по мотиву того, что товар не передавался или был передан не полностью. Лишить должника по новированному в заемное обязательство возможности оспорить сам факт наличия первоначального долга или его размер означало бы допустить абстрактное обязательство, лишенное каузы. Последнее, как известно, опасно и допускается законодателем в ограниченных пределах, да и то с оговорками (вексель).

Тогда разъяснение Пленума следует понимать совсем по-другому. Возможно, имеется в виду, что должник по новированному в заемное обязательство не вправе оспаривать заем именно по безденежности (хотя Пленум этот термин не применяет), т.е. он не может опровергнуть притязания кредитора по тому основанию, что ни денег, ни других заменяемых вещей или ценных бумаг он не получал (предоставление со стороны контрагента должника может как совпадать с объектами займа, так и не совпадать, а равно и вовсе отсутствовать (деликт)). Ведь такое возражение было бы сплошным формализмом: предоставление получено, но оно не такое, как предусматривает кауза займа для объекта этого договора (п. 1 ст. 807 ГК — деньги, вещи, определенные родовыми признаками, или ценные бумаги). Из договорных обязательств это особенно характерно для возникшего из аренды долга, новированного в заем. Должник получил от арендодателя такую ценность, как временное владение и пользование имуществом последнего. Ясно, что здесь нет ни одного из объектов, поименованных в п. 1 ст. 807 ГК.

Кроме того, можно обратить внимание на то, что, запрещая оспаривание новации по безденежности, Пленум говорит только о случае непоступления предмета займа в распоряжение заемщика, но не о случае, когда предмет договора займа поступил в распоряжение заемщика не полностью, как это предусмотрено в п. 1 ст. 812 ГК. Эта мелкая деталь может указывать именно на то, что имелось в виду приведенное выше понимание — недопущение ссылки о нетождественности объектов займа и объектов, переданных должнику. Неполнота предоставления irrelevantна для

передачи указанного смысла, поэтому она и не приводится (хотя ситуацию неполного предоставления вполне можно помыслить и, следовательно, защита должна быть предоставлена и в этом случае).

Второй вариант понимания данного разъяснения может обосновываться еще проще. Он понадобился для того, чтобы препятствовать такому интеллектуальному извороту должника, который основан на том, что полученное им не передавалось в качестве займа, а имело иное правовое основание, а потому займа не было.

Есть и третье объяснение: легальное определение займа включает в себя передачу соответствующих объектов *в собственность* заемщика, тогда как новиремый долг может иметь под собой такое основание, как получение от контрагента предоставления, которое не связано с передачей чего-либо в собственность (аренда, некоторые работы, услуги, деликт). Чтобы отвергнуть возможное оспаривание новации по этому основанию, Пленум и дает разъяснение, которое, помимо прочего, оперирует понятием *распоряжения*. Должник не может оспаривать новацию только на том основании, что он не получал от контрагента ничего в собственность, т.е. в его распоряжение ничего не было предоставлено. Присвоенным эффектом услуги и полученным пользованием арендованной вещью, т.е. потребленными благами, распорядиться нельзя, но это не означает, что долг по их оплате невозможно новировать в заемное обязательство. Возможно, эту идею и пытается донести до нас Пленум. Также не исключено, что все три объяснения обсуждаемого разъяснения одновременно пригодны для правильного уяснения его смысла.

Практические последствия восприятия первого варианта понимания разъяснения могут оказаться губительными. Не сложно представить себе случаи, когда в суд будет представлено соглашение о новации долга в заемное обязательство в условиях, когда вообще никакого долга не было. Оставить ответчика без защиты, не дав ему возможности доказать отсутствие новированного долга, означало бы высшую степень несправедливости. С учетом современного уровня добросовестности в российском обороте, а также принимая во внимание объем недостоверных доказательств, представляемых сторонами судебных споров, последнее означало бы создание очень высокой степени риска в гражданском обороте. Даже тот факт, что соглашение о новации заключено должником добровольно, не исключает того обстоятельства, что долга не было.

Должник, например, мог ошибочно полагать, что товар по договору купли-продажи получен, и новировать свой долг по его оплате в заемное обязательство. Впоследствии выяснилось, что товар получен не был. Неужели должник остается без защиты? Покупатель по обычному договору купли-продажи не лишается защиты своих прав, даже если он оплатил товар, а впоследствии выяснилось, что продавец на самом деле товар не передавал. Равным образом подписание так называемого акта приемки товара (работ, услуг и т.п.) или другого подобного документа не лишает контрагентов права оспаривать активированный факт. Можно ли обосновать лишение защиты прав покупателя в том случае, когда он новировал свой долг по оплате неполученного товара, только тем фактом, что долг новирован именно в заемное обязательство? Представляется, что нет никаких оснований поставить должников в этих ситуациях в неравное положение с должниками по другим видам обязательств.

Можно принять во внимание и такое соображение, что признание долга, которое, конечно, проявляется в новации, не является неоспоримым доказательством. Всякая новация, как и заемная новация, упрочивает доказательство долга, но не превращает его в неопровержимый. Неопровержимых долгов не бывает. Если кто-то признает свой долг, то, скорее всего, этот долг есть, если не будет доказано обратное. Скажем, признание долга, которое испросил кредитор для целей перерыва исковой давности, еще не означает лишение должника права оспаривать наличие долга, его размер и другие обстоятельства, являющиеся основанием для полного или частичного отказа в иске. Утверждать обратное означало бы превратить наш мир в очень опасное предприятие.

Таким образом, второй вариант понимания комментируемого разъяснения кажется не только предпочтительным, а просто необходимым. Его надо понимать так: когда у должника возник долг за полученное предоставление, не тождественное поименованным в п. 1 ст. 807 ГК объектам, передаваемым в собственность, а также когда долг возник по незаемному основанию, это не препятствует новации долга в заемное обязательство. Равным образом деликтное обязательство, при котором должник не получает никакого предоставления от кредитора, может быть новировано в заемное, несмотря на то что никакого займа должник не получал.

- (в) Коль скоро долг новируется в заемное обязательство, возникает вопрос: является ли оно процентным или беспроцентным? Пленум дает вполне очевидный ответ: это зависит от соглашения сторон с учетом правил, применимых к займу в отношении процентов. Хотя Пленум вследствие избранной им редакции данного разъяснения ссылается только на п. 1 ст. 809 ГК, в действительности статья подлежит применению целиком. Иными словами, новированное в заемное обязательство должника в части процентов является полноценным, а не усеченным до содержания лишь п. 1 названной статьи. Последнее просто невозможно, ибо в соответствующих случаях понадобится получать ответы на вопросы, которые обнаруживаются именно в остальных пунктах ст. 809 ГК. Более того, смотря по условиям соглашения о новации, и другие положения главы 42 ГК *mutatis mutandis* подлежат применению к отношению сторон.

Как указывает Пленум, проценты по общему правилу подлежат начислению с момента заключения соглашения о новации. Это очевидно. Важно принять во внимание, что до новации соответствующего долга по нему и так могли начисляться проценты, которые, видимо, будут потеряны кредитором (см. комментарий к п. 22). В связи с этим возникает два вопроса. Первый из них звучит так: допустимо ли на основании п. 2 ст. 425 ГК предусмотреть в соглашении о новации, что проценты подлежат начислению с определенного момента в прошлом? Эта норма предусматривает, что стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа соответствующих отношений. Ни нормы о займе, ни нормы о новации, ни существо отношения не препятствуют сторонам новировать ранее начислявшиеся проценты по первоначальному обязательству или сохранить их, несмотря на прекращение основного обязательства (п. 2 ст. 414 ГК). В силу свободы договора ничто не препятствует сторонам определить различные проценты по разным периодам, в том числе по ретроспективному и перспективному.

Второй вопрос можно поставить в отношении тождественности размера первоначального долга и размера заемного обязательства. На первый взгляд они не должны отличаться, поскольку интерес именно заемной новации предопределен достижением сторонами соответствующих целей (установление процентов, упрочение долга). Тем не менее, например, для предпринимательского обязательства доступна такая возможность, как капитализация процентов, или сложные проценты (п. 2 ст. 317.1 ГК). Когда первоначальное обязательство было снабжено дополнительным требованием об уплате процентов, последние могут быть капитализованы, т.е. причислены к долгу в заемной новации. Таким образом, размер первоначального обязательства будет увеличен на размер начисленных процентов по нему и тем самым новое заемное обязательство окажется больше размера основного первоначального обязательства, но тождественно совокупному обязательству (т.е. сумме всех первоначальных обязательств в узком смысле, например сумма неосновательного обогащения и проценты на нее). В результате такой трансформации прежние дополнительные требования (по первоначальному обязательству) окажутся в теле основного долга по заемному (новому) обязательству, на который будут начисляться новые проценты с момента заключения соглашения о новации.

Из правила о моменте начисления процентов при новации долга в заемное обязательство могут быть и другие исключения. Это согласуется с разъяснением Пленума, поскольку оно прямо предусматривает установление иного правила, в том числе соглашением о новации. Например, стороны могут установить, что проценты подлежат уплате с более позднего момента, указанного в соглашении о новации.

- (г) Ранее в арбитражной практике возникал вопрос о возможности новации в заемное обязательство такого обязательства, как долг по неустойке. Сомнения возникали у судов в связи с легальным определением обязательства (п. 1 ст. 307 ГК), где ряд приведенных там законодателем примеров как будто состоит из регулятивных отношений, а не правоохранительных, к которым принадлежит отношение по уплате неустойки. К этому при желании можно было бы добавить отграничение судебной практикой понятия «долг» от понятия «неустойка» (например, в связи с толкованием ст. 319 ГК). Пункт 1 ст. 818 ГК оперирует термином «долг», поэтому можно было бы рассуждать, что здесь имеется в виду именно сумма задолженности, а не сумма ответственности. Однако эти сомнения были развеяны высшей инстанцией не только на основании принципа свободы договора, но и в связи с тем, что иным основанием, предусмотренным п. 1 ст. 818 ГК, может выступать факт неисполнения обязательства. Новация неустойки в заемное обязательство была признана допустимой<sup>54</sup>.

Пленум, поддерживая часть прежних подходов арбитражной практики, в очередной раз создает здесь фигуру умолчания, поскольку о допустимости новации договорной неустойки в заемное обязательство общим образом ничего не говорит. Фрагментарно ранее устанавливалось, что новацией может быть прекращена начисленная судебная неустойка<sup>55</sup> и неустойка, установленная законом<sup>56</sup>. Означает

---

<sup>54</sup> Из ст. 414 ГК РФ следует, что обязательство по уплате неустойки может быть новировано в заемное обязательство (п. 5 письма № 103).

<sup>55</sup> См.: п. 29 постановления № 7.

<sup>56</sup> См.: п. 62 постановления № 7.



ли последнее, что более эта правовая позиция поддерживаться не будет, или судьи просто не придали ей достаточно большого значения, чтобы включить соответствующее разъяснение в постановление? С достоверностью это можно будет узнать только со временем, а пока с практической точки зрения соглашения о новации неустойки в заемное обязательство оказались в зоне юридического риска, что следует учитывать участникам гражданского оборота. Теоретически для такой новации препятствий нет, поскольку отнесение неустойки к мерам ответственности не лишает ее качества обязательства. Обязательство по уплате неустойки представляет собой обязанность должника совершить действие по уплате кредитору денег или денежных средств.

Можно ожидать негативного отношения судей к новации неустойки в заемное обязательство из-за их склонности (порой избыточной) к уменьшению несоразмерных неустоек. Новация неустойки в заемный долг становится препятствием для ее уменьшения по тем же соображениям, по которым не допускается спор о несоразмерности неустойки, добровольно уплаченной должником<sup>57</sup>. В обоих случаях сама воля должника препятствует этому, коль скоро он сам не считает неустойку несоразмерной, ибо уплатил ее или согласился на ее новацию. Поэтому едва ли следует давать ему право оспорить заемную новацию только по основанию явной несоразмерности неустойки.

В связи с этим уместно сравнить обсуждаемую проблематику с новацией платы за односторонний отказ от обязательства или одностороннее изменение его условий (п. 3 ст. 310 ГК). Как известно, судебная практика считает возможным уменьшение этой платы при определенных обстоятельствах, близких, хотя буквально и не тождественных, основаниям снижения неустойки<sup>58</sup>. Поэтому новация такой платы в заемное обязательство, по крайней мере после возникновения основания для исполнения этого обязательства (перфекция обязательства), также должна допускаться, а право суда уменьшить в соответствующих случаях ее размер не может рассматриваться как препятствие для новации. В этом случае недопустимость снижения задолженной платы за отказ от обязательства обосновывается той же логикой, что и при уплаченной или новированной неустойке. Должник, соглашаясь на новацию платы, уже может оценить, насколько она соразмерна потерям кредитора от отказа от обязательства. Если он считает плату очевидно не соответствующей неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства (явно несоразмерной), должник может не соглашаться на новацию. Если же он согласился на такую новацию, значит, он либо не желает воспользоваться своим правом добиваться в суде ее снижения, либо согласен с ее соразмерностью. И в том и в другом случае воля самого должника не дает возможности суду пересмотреть

<sup>57</sup> «...Если подлежащая уплате неустойка перечислена самим должником, он не вправе требовать снижения суммы такой неустойки на основании статьи 333 ГК РФ (подпункт 4 статьи 1109 ГК РФ), за исключением случаев, если им будет доказано, что перечисление неустойки являлось недобровольным, в том числе ввиду злоупотребления кредитором своим доминирующим положением» (п. 79 постановления № 7).

<sup>58</sup> Если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства или изменением его условий, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично (п. 2 ст. 10 ГК РФ) (п. 16 постановления от 22.11.2016 № 54).

размер новированного обязательства, если только для этого нет иных оснований. Актуальность этих вопросов значительно выше актуальности определения момента начала начисления процентов в случае новации долга в заемное обязательство, но Пленум, к сожалению, обошел их стороной.

Будучи последовательным, следует допустить новацию в заемное обязательство и таких обязательств, как уплата охранительных процентов, возмещение убытков, возмещение потерь, компенсация за нарушение исключительных прав и пр.

Поскольку участники гражданского оборота часто оценивают судебную практику по уменьшению судами неустойки как необоснованную, они постоянно ищут пути снижения риска такого *ex post* судебного контроля. Здесь можно предвидеть попытки использования для этого будущей новации или новации под отлагательным условием. Например, стороны могут предусмотреть, что в случае начисления неустойки она автоматически с определенной периодичностью (скажем, каждый месяц) новируется в заемное обязательство. Получится, что правоохранительное притязание заранее переводится в регулятивное обязательство (заемное). На момент заключения такой отлагательной новации неустойчивый должник зачастую не в состоянии оценить, будет ли размер неустойки явно несоразмерным. Подобные соглашения, очевидно, могут предприниматься с целью обхода закона (ст. 333 ГК), а потому достижение названной цели является разновидностью злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК). Поэтому при наличии доказательств явной несоразмерности новированной неустойки она подлежит уменьшению судом в соответствии с законом.

- (д) В связи с комментируемым разъяснением уместно поставить вопрос о соотношении новации какого-либо долга в денежное обязательство и заемной новации, которого Пленум не касается. Следует ли усматривать эвентуальную презумпцию заемного обязательства всякий раз, когда какое-либо обязательство новируется в денежное? На этот вопрос необходимо дать отрицательный ответ. Заемная новация не предполагается. Это объясняется тем простым обстоятельством, что заемная новация, которая в большинстве случаев повлечет уплату процентов по умолчанию, в соответствующих случаях вступила бы в противоречие с безвозмездным характером обязательства должника, например дарителя. Но, может быть, тогда обнаружить указанную презумпцию для обязательств, возникших из возмездных договоров? Например, обязательство одной из сторон по договору мены прекращается новацией в обязательство уплатить определенную сумму денег. Если должник по договору мены получил в собственность вещь от контрагента, но сам встречное предоставление не осуществил, его позиция после новации как будто равнозначна позиции заемщика. Здесь также требуется дать отрицательный ответ, в том числе потому, что новация неденежного обязательства может иметь место еще до наступления срока исполнения должника по первоначальному обязательству, поэтому отношения сторон не могут презюмироваться заемными. Сложнее выставить экономическое обоснование в случае новации просроченного обязательства. При всякой просрочке исполнения обязательства экономически должник кредитуются за счет контрагента, однако права последнего в этом случае защищаются применением мер ответственности, поэтому и здесь усматривать презумпцию заемного обязательства оснований не имеется. Это можно аргументировать также и тем, что коммерческий кредит (ст. 823 ГК) не презюмируется, о регулятивных

процентах нужно договариваться и в силу закона они по общему правилу не возникают. Таким образом, заемная кауза новации может быть придана ей только по воле сторон. Если стороны обязательства новируют первоначальное обязательство денежным обязательством, последнее не является заемным. Если иное не предусмотрено соглашением о новации, должник по новому денежному обязательству проценты платить не обязан.

**25. Если иное не предусмотрено соглашением о новации, с момента заключения такого соглашения прекращаются дополнительные требования, включая обязанность уплатить за предшествовавший заключению указанного соглашения период неустойку, начисленную в связи с просрочкой исполнения должником первоначального обязательства (пункт 2 статьи 414 ГК РФ).**

### Комментарий

- (а) Как уже указывалось, соглашение о новации является частным случаем договора об изменении обязательства (что не является доминирующим воззрением). Это изменение заключается в том, что одно обязательство прекращается, а другое обязательство возникает. Если бы нормы о новации в ГК не было, в правопорядке ничего не изменилось бы, ибо в силу принципа свободы договора при наличии соглашения о замене одного обязательства другим наступили бы точно такие же последствия, которые указаны в п. 1 ст. 414 ГК. Значит, институт новации влечет только одно специальное последствие: в силу п. 2 данной статьи по общему правилу дополнительные обязательства, связанные с первоначальным обязательством, включая неустойку, прекращаются. Такое же суждение, но только посредством введения презумпции, сделано в отношении отступного (см. п. 2 комментируемого постановления). Для новации же в силу наличия специальной диспозитивной нормы никакой презумпции не требуется.

На первый взгляд прекращение дополнительных обязательств при прекращении первоначального кажется логичным, ведь дополнительные обязательства были связаны (акцессорны) с первоначальным обязательством, а не с новым. Значит, они могут не отвечать намерению сторон в отношении нового обязательства, а то и вовсе не подходить для него функционально. Дополнительные обязательства разделяют юридическую судьбу первоначального обязательства. Прекращение последнего неминуемо влечет прекращение первых, если только стороны не договорятся об ином. Этот подход подкупает своей простотой: ничего дополнительного не нужно анализировать, по общему правилу сам факт прекращения первоначального обязательства влечет прекращение соответствующих дополнительных обязательств. Насколько это негибкое решение законодателя, было показано выше.

Если взять обязательство в широком смысле, то можно увидеть, что правоотношение сторон новацией не прекращается, стороны не расходятся, как в море корабли. Напротив, их отношения продолжают, но в измененном (обновленном) виде. Во всем порой многообразном обязательственном отношении меняется один элемент — обязательство в узком смысле. Имевшиеся дополнительные обязательства могут быть непригодными для обслуживания нового обязательства, но мо-

гут и вполне себе подойти к нему (см. выше пример с костюмом). Но поскольку стороны умолчали в отношении судьбы дополнительных обязательств, все они прекратятся, хотя, быть может, стороны были не против их сохранения, потому и ничего не предусмотрели в соглашении о новации. Так как разбираться в каждом конкретном случае, чего именно хотели стороны, — дело довольно хлопотное, законодатель устанавливает простое решение — всё прекращается.

Но если смотреть на новацию как на изменение одного элемента в программе обязательства в широком смысле (изменение условия договора), относиться к сторонам как к разумно действующим лицам, уважать их волеизъявление, не навязывать им того, о чем они не договаривались, то можно прийти к прямо противоположному выводу: новация не прекращает дополнительные обязательства, если только иное не следует из соглашения или если они не оказываются явно несовместимыми с характером нового обязательства. Последнее легко увидеть на практике, когда новация представляет собой соглашение об изменении договора, в котором содержится заковыченный текст изменения соответствующего пункта (положения) договора или нескольких пунктов, с исключением предыдущей редакции.

Это особенно характерно для предпринимательских договоров, которые нередко порождают целый комплекс основных обязательств, снабженных множеством дополнительных требований. Все они находятся в той логической связи, которую придали им стороны своей волей. Неужели здесь надо предположить, что, целевым образом меняя редакцию одного элемента договора и более ничего, стороны намеревались прекратить действие других положений договора, если они являются источниками дополнительных обязательств? Вопрос скорее риторический.

Это еще раз показывает, насколько наш закон не сообразен с хозяйственной практикой. Последнее неудивительно, ведь новация — архаическая идея, она даже в простых случаях дает сбои (см. выше), чего уж говорить о более сложной современной жизни, в которой структура экономических и юридических взаимосвязей представляет собой порой сложнейший, тонко настроенный многоэлементный механизм, для которого грубое вмешательство примитивных средств нежелательно.

Кажется, здесь требуется усмотреть необходимость такого толкования нормы о прекращении дополнительных обязательств, которая учитывала бы особенности описанного и подобных случаев. В таких ситуациях пригодно следующее толкование п. 2 ст. 414 ГК: новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным, если иное *не следует* из соглашения сторон. Это позволило бы сохранить дополнительные обязательства в тех случаях, когда в соглашении об этом прямо не говорится, но из всех обстоятельств дела следует, что стороны не имели это в виду. Кстати сказать, данное Пленумом разъяснение не препятствует такому толкованию, поскольку не устанавливает обратное, а лишь буквально повторяет блокирующую оговорку ГК («...если иное *не предусмотрено* соглашением сторон»).

- (б) Не трудно заметить, что Пленум меняет своим разъяснением используемый законом термин «дополнительные обязательства» на термин «*дополнительные требования*». Трудно сказать, зачем это сделано. Всякое обязательство в узком смысле

порождает требование кредитора и корреспондирующую ему обязанность должника (обязательство = требование + обязанность). Можно было бы ввести в наш лексикон более четкое юридическое разграничение: *обязательство* в узком смысле представляет собой *требование* кредитора и *обязанность* должника; мы именуем эту обязанность также и обязательством, но никогда не именуем его обязанностью требованием.

Некоторая терминологическая фривольность вообще присуща российскому юридическому лексикону, и к этому все привыкли, извлекая смыслы из контекста. Говорить о требовании — значит одновременно говорить и об обязанности по нему, ибо если есть требование, то должен быть кто-то обязанный его удовлетворить, а следовательно, есть и обязательство. Возможно, замена терминов вызвана стремлением сделать упор именно на прекращении требования кредитора в основательной надежде на то, что постановления Пленума читают не только судьи, кому они адресованы, но и другие юристы. Сообщить о прекращении обязанности — значит послать успокоительный сигнал должнику, но он фигура пассивная. Сообщить о прекращении требования — значит обезоружить кредитора. Узнав из постановления, что соответствующие дополнительные требования прекращаются, кредиторы не будут беспокоить судей безосновательными исками, ибо должник сам себе иск не предъявит, к этому способен только кредитор. Тот факт, что редакция разъяснения оказалась несколько несуразной («...дополнительные требования, включая обязанность...»), видимо, никого не смутил. Рискнем все же настоять на том, что требование не может включать в себя обязанность.

Представляется, что нет ошибки в том, чтобы говорить о прекращении требования, имея при этом в виду само собой разумеющееся прекращение корреспондирующей обязанности должника, равно как и наоборот: говоря о прекращении обязанности, неизбежно имеется в виду и прекращение соответствующего требования. Поэтому вслед за Пленумом в дальнейшем также будет употребляться это выражение, причем именно в указанном значении, но без суждения о том, что требование включает обязанность.

Возвращаясь к замене термина «дополнительные обязательства» на термин «дополнительные требования», можно выдвинуть гипотезу, что это сделано для того, чтобы охватить ремиссионным эффектом секундарные права и возражения, которые, будучи принадлежностью обязательственного правоотношения, понятием обязательства в узком смысле не охватываются, а, скорее, дополняют его. Но эту гипотезу трудно подтвердить, поскольку секундарные права и возражения если и являются дополнительными по отношению к притязанию и долгу, все равно не охватываются понятием требования, ибо первые приводят к преобразованию правоотношения, а вторые отклоняют требование. В любом случае названная терминологическая замена совершенно не может быть использована для обоснования судьбы указанных прав и возражений при новации. Кроме того, не очевидно, что здесь пригодно универсальное решение о прекращении секундарных прав и возражений во всех случаях новации (см. п. «и» комментария к настоящему пункту).

- (в) Дополнительные требования принято считать зависимыми от основного обязательства, служебными по отношению к нему, придаточными. Но при этом они

являются следствием отдельного обязательства, не сливаются с основным обязательством. Если юридическая судьба дополнительных требований в некоторых аспектах зависит от судьбы основного, то обратная зависимость почти не просматривается. Поэтому новация дополнительного требования обычно не затрагивает основное обязательство.

Прекращение обязанности уплатить за предшествовавший заключению соглашения о новации период неустойку невозможно объяснить юридической логикой акцессорности, поскольку, как только правоохранительное отношение возникло, оно утрачивает акцессорность по ряду параметров. Если, скажем, при уступке права по основному требованию акцессорность просматривается и поэтому в силу п. 1 ст. 384 ГК по общему правилу вместе с требованием переходят связанные с ним права, то в аспекте прекращения обязательства по общему правилу акцессорность не просматривается. У кредитора имеется притязание по главному требованию и соответствующее число дополнительных, например неустоечных, требований, судьба которых не ставится в жесткую зависимость друг от друга. Это отдельные требования.

В связи с этим идею о прекращении предшествующей неустойки можно попытаться извлечь из предположения о рациональности сторон соглашения. Когда соглашение о новации заключается в условиях просрочки обязательства, кредитор должен осознавать все невыгоды своего положения. Следовательно, можно предположить, что когда он соглашается на те или иные условия новации, его интерес, связанный с просрочкой, как бы закладывается в те выгоды, которые принесет ему новация. Упрощенно говоря, невыгоды просрочки покрываются размером предоставления по новации или иными ее условиями, иначе кредитор не согласился бы на новацию.

Здесь уместно сравнить факультативную концепцию отступного и новации. При отступном наша юриспруденция заботится о кредиторе в предположении о том, что, соглашаясь на отступное, кредитор обычно идет на уступки должнику и готов принять от него меньшее предоставление, чтобы получить хоть что-то («с паршивой овцы хоть шерсти клок»). Поэтому в случае нарушения соглашения об отступном кредитор рад вернуться к первоначальному обязательству, размер предоставления по которому больше и оно лучше защищает его интерес, а все дополнительные требования сохраняются. В случае же заключения соглашения о новации кредитор почему-то не идет на уступки. Получается, что когнитивные особенности кредитора меняются кардинальным образом: неустойка прекращается, поскольку есть предположение, что она экономически как бы включается в размер предоставления по новому обязательству. Здесь кредитор учитывает все свои невыгоды, т.е. «клок шерсти» его уже не устраивает. Достижения какой науки выявили столь удивительные метаморфозы мыслительной деятельности кредиторов при отступном и новации, пока остается неизвестным. Если все же допустить, что и при новации в каких-то случаях кредитор может пойти на уступки, так что предоставление по новому обязательству оказывается менее выгодным, то вернуться к прежнему прекратившемуся новацией обязательству он не сможет, а если бы это было отступное, то мог бы. Получается, что объяснение прекращения неустойки тем обстоятельством, что она включается в ценность предоставления по новому обязательству, для такого случая не подходит.

При этом наблюдения за практикой позволяют утверждать, что на самом деле сравнительное изменение размера предоставления или его отсутствие правового значения для вывода о новации никогда не имеет. Кстати сказать, стоимостная тождественность отступного с размером первоначального обязательства также не играет роли для опровержения факультативного характера обязательства по предоставлению отступного, хотя данный факт подрывает всю эту концепцию. На самом деле изменение размера предоставления в таких суррогатах исполнения, как новация и отступное, когда-то может иметь место, а когда-то нет. Отсюда видно, что попытки отыскать гармоничное сочетание новации и отступного обречены на провал в силу концептуального порока изначально заданной цели разграничить то, что, скорее, надо объединить, создав унифицированный и сбалансированный правовой режим защиты нарушенных прав кредитора. С политико-правовой точки зрения затруднительно обосновать, почему при нарушении соглашения об отступном кредитор должен защищаться одним образом, а при нарушении соглашения о новации — другим, особенно если предоставление в адрес должника было одинаковым.

- (г) В тексте комментируемого пункта допущена одна редакционная неточность, которую следует учитывать. Как уже указывалось, множество обязательств в широком смысле, главным образом договоров и особенно предпринимательских договоров, являются сложно структурированными и содержат разнообразные обязательства в узком смысле, в том числе такие, которые порождают различные дополнительные требования. Новация прекращает не любые дополнительные требования, а только такие, которые *связаны* с первоначальным обязательством.

Пленум избрал такую редакцию разъяснения, что указание на связанность дополнительных требований с первоначальным обязательством оказалось упущенным. Едва ли имелась в виду телеологическая редукция действующей нормы закона, поскольку для этого нет никаких политико-правовых или логических оснований. Данное разъяснение при его сравнении с текстом закона показывает, что Пленум, скорее всего, хотел обратить внимание судей на момент, с которого прекращаются дополнительные требования, а также на случай заключения соглашения о новации в период просрочки, когда начислялась неустойка. Указанная неточность возникла, видимо, из-за того, что ранее выработанная в арбитражной практике правовая позиция о судьбе неустойки при новации<sup>59</sup> несколько генерализирована включением в нее указания и на другие дополнительные требования. А предусмотренная в законе связанность дополнительных требований с первоначальным обязательством, указание на которую было излишним для более узкой прежней правовой позиции, оказалась потерянной в более широкой правовой позиции.

- (д) Интересно сравнить комментируемое разъяснение с примером изменения договора в части срока исполнения. Конечно, эти случаи, по мнению судебной практики, не тождественны, ибо изменение (по терминологии Пленума — уточнение, см. п. 22 постановления) срока исполнения не является новацией. Речь идет о ситуации, когда в условиях просрочки должника стороны обязательства

<sup>59</sup> Если иное не предусмотрено соглашением сторон, то с момента заключения соглашения о новации обязанность уплатить за предшествовавший заключению указанного соглашения период неустойку, начисленную в связи с просрочкой исполнения должником первоначального обязательства, прекращается (п. 4 письма № 103).

изменяют условие о сроке, отдавая момент исполнения. Здесь можно задаться вопросом: не происходит ли при этом очистка просрочки (*purgatio mora*)? Она неизвестна общим положениям позитивного права об обязательствах, но теория обязательств знает этот феномен. Само по себе изменение срока исполнения обязательства по соглашению сторон в законодательной поддержке не нуждается, ибо такое соглашение имеет силу, как и любая законная сделка. Но последствия заключения такого соглашения, в частности в отношении неустойки, начисленной в связи с просрочкой исполнения должником, могут быть упущены в соглашении и потому требуют определения посредством заполнения пробела в законе.

Какую цель могут преследовать стороны просроченного должником обязательства, заключая соглашение, предметом которого является только одно — продление срока исполнения? В чем их намерение? Зачем это вообще делать? Здесь возможно было бы такое рассуждение. Коль скоро кредитор согласился на изменение срока без каких-либо условий, он не считает свой интерес существенно нарушенным, а потому просрочка должника очищается от последствий и неустойка не подлежит уплате. Можно было бы предположить, что единственной целью пролонгации является освобождение должника от ответственности за просрочку и кредитор был согласен на это, иначе трудно объяснить, зачем он согласился на изменение срока. Раз кредитор согласился с продлением срока исполнения нарушенного должником обязательства, он смирился с просрочкой и готов простить ее, как бы предоставляя должнику новый срок для исполнения.

Но судебная практика, формируемая Верховным Судом, идет по другому пути, который обоснован, видимо, тем, что изменение срока преследует цель исключить дальнейшую просрочку, но не очистить уже случившуюся. Обязанность уплатить за предшествовавший заключению указанного соглашения период неустойку, начисленную в связи с просрочкой исполнения должником обязательства, не прекращается<sup>60</sup>. Чтобы прийти к суждению о прекращении обязательства, хотя бы и дополнительного, все-таки необходимо волеизъявление сторон (в новации не так). Если же такое соглашение, помимо изменения срока, изменит также и вид обязательства, то предшествующая неустойка прекратится. Таким образом, в условиях просрочки должника изменение срока исполнения обязательства и обновление обязательства влекут различные правовые последствия в отношении начисленной за период просрочки неустойки — сохранение и прекращение соответственно.

- (е) Хотя Пленум не касается в данном разъяснении близкой к неустойке санкции — охранительных процентов за просрочку денежного обязательства (ст. 395 ГК), ясно, что этот подход следует распространить и на такие проценты. Также прекратится и требование о возмещении убытков, причиненных нарушением подвергнутого новации обязательства. Более того, поскольку регулятивные проценты являются еще и дополнительными, они тоже прекращаются новацией.
- (ж) Реагируя на актуальные вопросы судебной практики, Пленум обращает внимание судей на судьбу неустойки при новации обязательства в отношении самой распро-

---

<sup>60</sup> См.: определения СКГД ВС РФ от 27.09.2016 № 4-КГ16-37; СКЭС ВС РФ от 31.08.2017 № 305-ЭС17-6839.



страненной разновидности неустойки — установленной за просрочку. Есть ли основания для другого подхода в отношении иных видов неустойки? Если следовать предположению о том, что кредитор, соглашаясь на новацию, учитывает все невыгоды своего положения, компенсируя их в условиях о новации, видимо, нужно заключить, что и все другие неустойки прекращаются, если иное не следует из соглашения сторон.

Уплаченные неустойки новацией не затрагиваются, и это, надо полагать, настолько очевидно, что в судебной практике не наблюдается никаких следов проявления обратного суждения. Чуть сложнее будет обстоять дело, если соответствующая неустойка уплачена должником добровольно, после заключения соглашения о новации. Случай этот скорее гипотетический, ибо по понятным причинам широкой подобной практики не наблюдается. Тем не менее формально-юридически следовало бы квалифицировать отношения сторон в такой ситуации как неосновательное обогащение, ибо кредитор получает исполнение по обязательству, которое прекратилось. Если бы к соглашению о новации в этом аспекте правопорядок относился гибче, вывод мог бы быть другим: такой платеж признавался бы основательным, если из соглашения о новации следовало намерение сторон сохранить дополнительные требования. Даже если сохранение неустойки не было предусмотрено буквально соглашением о новации, но вытекало бы из него, названный платеж, наоборот, подтверждал бы предполагаемое намерение сторон сохранить неустойку при новации.

- (3) Соглашение о новации может быть поставлено под отлагательное условие, в связи с чем встает вопрос о моменте прекращения связанных с первоначальным обязательством дополнительных требований. Если ничего иного в соглашении не указано, то такое соглашение не влечет ремиссионного эффекта при его заключении. Отсюда можно заключить, что для такого случая (который едва ли имелся в виду в разъяснении) соответствующие дополнительные требования, включая неустойку, прекратятся только при наступлении условия. Если же под условие поставлено новое обязательство, то указанные последствия не наступают, поскольку само соглашение о новации свободно от условия.

(и) Есть еще один аспект, который не затрагивается в комментируемом разъяснении, но может представлять практический интерес. Под дополнительными требованиями понимаются обязательственные притязания. Такому требованию кредитора в обязательстве корреспондирует обязанность должника совершить определенное действие, главным образом что-то дать (*dare*) или сделать (*facere*), равно как и не делать (*non-facere*). Но как быть с такими правами, которые принято относить к секундарным? Можно было бы считать, что, поскольку секундарные права, строго говоря, требованиями не являются, на них вообще не распространяется п. 2 ст. 414 ГК. Но это в действительности ничего не дает, ибо новация как субъективно, так и объективно может воздействовать на судьбу таких прав. Поэтому при обновлении обязательства все равно придется искать ответы на вопросы о метаморфозах секундарных прав. Видимо, универсального решения здесь не может быть. Прежде всего надо упомянуть, что судьба секундарных прав, связанных с первоначальным обязательством, может быть определена соглашением о новации. Более того, это желательно сделать вследствие неопределенности в нашем праве по этому вопросу. Далее можно выдвинуть предположение, что секундарные пра-

ва, несовместимые с характером нового обязательства, прекращаются, причем независимо от того, кому они принадлежат — должнику или кредитору. Вероятно, такие же соображения можно принять во внимание и в отношении возражений, которые также нельзя отнести ни к дополнительным обязательствам, ни к дополнительным требованиям.

Обратимся теперь к весьма распространенному праву на односторонний отказ от исполнения обязательства (п. 2 ст. 310 ГК), предусмотренному договором, но не законом. Если договором предусмотрено абсолютно потестативное право на односторонний отказ, то есть основания полагать, что новация это секундарное право не уничтожает, поскольку само существование обязательства отдано на произвольное усмотрение управомоченного лица. Если односторонний отказ обусловлен некоторым действием, которое невозможно совершить в отношении нового обязательства, то право оказывается дисфункциональным, а потому допустимо говорить о его прекращении. Правда, последнее можно поставить под сомнение. Если произойдет реновация, т.е. обязательство снова будет новировано и односторонний отказ обретет объективное применение, то отказ управомоченному в секундарном праве уже не кажется очевидным.

Эти предварительные рассуждения рискуют быть отброшены соблазном обратиться к простому решению, распространив на секундарные права п. 2 ст. 414 ГК, ведь тогда не нужно будет искать ответы на вопросы, а всякая новация будет уничтожать все связанные с первоначальным обязательством секундарные права, что, конечно, с точки зрения определенности лучшее решение, но не факт, что оно справедливо. Вопрос влияния новации на секундарные права мало исследован и требует более тщательного изучения.

- (к) Давая разъяснения о судьбе неустойки при новации, Пленум рассматривает такой случай новации, когда соглашение о ней достигнуто в условиях просрочки должника. Понятно, что новировать можно и не просроченное обязательство, но здесь уместно затронуть еще один аспект новации обязательства с нарушенным сроком исполнения. Каково отношение сторон по сроку исполнения обновленного обязательства? Чаще всего новация просроченного обязательства происходит не потому, что потребности кредитора переменились, а потому, что у должника возникли затруднения с исполнением обязательства. Рациональный и добросовестный кредитор не стремится к имущественному краху должника. Напротив, он заинтересован в его состоятельности, поскольку это отвечает его имущественному интересу. Именно поэтому новация имеет целью за счет иного действия должника доставить кредитору иное удовлетворение, к которому должник более способен, чем к исполнению первоначального обязательства.

Возможно ли рассуждать об институте отсрочки применительно к обновлению обязательства? Если воспринимать отношение сторон как целостное экономическое взаимодействие, проходящее некоторое развитие с определенными метаморфозами, можно было бы увидеть такую ситуацию, когда новация соединена с отсрочкой исполнения. Условия отсрочки обязательственным правом не регулируются, а потому всецело отданы на усмотрение сторон соглашения. Здесь можно было бы наблюдать *новацию с простой отсрочкой*, согласно которой новируется не только вид обязательства, но и срок его исполнения, т.е. он отдалается. Но дого-

воренность об отсрочке может быть снабжена отменительным условием, что обнаруживает *новацию с отменительной отсрочкой*. В этом варианте кредитор готов дать передышку должнику, но при условии его исполнительности. Если должник вновь впадет в просрочку уже по обновленному обязательству, отсрочка отменяется, а интересы кредитора в нарушенном обязательстве защищаются наиболее полным образом. Функционально это тот же частный мораторий, характерный для факультативной концепции отступного. Интерес кредитора мог бы быть учтен другим образом, когда новация не соединяется с отсрочкой, обязательство обновляется, но должник продолжает оставаться в просрочке. *Новация без отсрочки* могла бы констатироваться тогда, когда по условиям соглашения о новации усматривается намерение сторон на единственное изменение, затрагивающее только вид обязательства.

Но на пути всех этих возможностей встает ремиссионная концепция новации, которая этого не допускает. Дело в том, что на обязательство можно смотреть таким образом, что оно как бы вбирает в себя и срок, и место, и порядок исполнения (модусы исполнения), поскольку всё это характеристики действия, которое обязан совершить должник и которого вправе требовать кредитор. Иными словами, всё это обнимается понятием обязательства. Коль скоро при новации первоначальное обязательство прекращается, то прекращаются и все его характеристики — срок, место, порядок и прочие модусы исполнения. Конечно, последние не могут быть признаны дополнительными требованиями по п. 2 ст. 414 ГК, если понимать последние как притязания кредитора о предоставлении. Но их прекращение обосновывается не этой нормой, а, как указано, самим понятием обязательства.

Отсюда ремиссионная концепция новации приводит к выводу, что если стороны не согласовали ничего, кроме самого изменения вида обязательства, то все следующие из условий первоначального обязательства модусы исполнения не могут быть распространены на новое обязательство, они также прекращаются. Поэтому новации с отсрочкой, с отменительной отсрочкой и без отсрочки оказываются для сторон недоступными, поскольку поставить должника в просрочку задним числом, т.е. ретроактивно, считается невозможным. Если бы новация понималась как изменение обязательства, этого затруднения для сторон не было бы. Встраивая обновленный элемент в программу обязательства в широком смысле (например, договор), стороны могли бы оставить в нем все остальные элементы, включая пропущенный должником срок исполнения, неизменными. Так как доминирующим воззрением в нашей юриспруденции является ремиссионная концепция новации, кредитору желательно воспользоваться иными юридическими средствами достижения своего интереса, например сохранять дополнительные требования, возникшие в связи с нарушением первоначального обязательства (п. 2 ст. 414 ГК), или устанавливать более высокие санкции за нарушение нового обязательства, или учитывать свой интерес в соответствующем размере нового обязательства.

Возможно, указанные затруднения и подтолкнули правовую мысль к созданию факультативной концепции отступного, которая позволяет вернуться к просрочке должника в случае, если должник не воспользуется правом на замену исполнения. Получается, что в рамках отступного соответствующий интерес кредитора может быть удовлетворен, но путем принятия на себя всех невыгод факультативной модели обязательства, а в рамки новации он не может быть встроен. Однако все же

это можно попытаться сделать, если прибегнуть к обусловленному обязательству (ст. 327.1 ГК). Например, стороны могут договориться, что при неисполнении должником нового обязательства новация отменяется, а стороны продолжают далее состоять в первоначальном обязательстве. Таким образом, новацию можно привести к той же модели, что и отступное. Критика этой опции может быть обнаружена в суждении о том, что прекращенное обязательство не способно к возрождению, однако феномен восстановления обязательств, несмотря на все его своеобразие, известен обязательственному праву, в том числе позитивному: так, он может быть обнаружен в п. 3 ст. 417 ГК. Речь идет о ситуации, когда отменяется акт публичного органа, на основании которого обязательство ранее считалось прекращенным.

- (л) Устоявшейся практикой является отнесение обеспечения к дополнительным обязательствам. Считается классической его квалификация в качестве акцессорного правоотношения (за исключением независимой гарантии). Обеспечительное отношение не может быть самостоятельным, оно всегда мыслится как придаточное, служебное, поскольку призвано предоставить кредитору имущественные гарантии на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения основного (обеспечиваемого) обязательства. Акцессорность обеспечения проявляется в различных аспектах, одним из которых является акцессорность прекращения. Если прекращается основное обязательство, то обеспечительное правоотношение, лишившись своей функции (обеспечивать нечего), также прекращается. Обеспечения разделяют юридическую судьбу главного обязательства, за некоторыми исключениями. Поскольку новация рассматривается в качестве основания прекращения обязательства, ее ремиссионный эффект означает прекращение обеспечительного правоотношения.

К юридической логике обоснования прекращения обеспечения необходимо добавить аргументы юриспруденции интересов. Почему нельзя считать, что обеспечение сохраняется для нового обязательства? Здесь можно выдвинуть, пожалуй, только одно суждение: обновление обязательства приводит к возникновению другого обязательственного правоотношения, для которого обеспечение не устанавливалось. Стороны программировали обеспечение для иного обязательства (первоначального), а потому их интерес (главным образом интерес лица, предоставлявшего обеспечение) не распространялся и не мог распространяться на обеспечение нового обязательства. Поскольку все осуществляют свои права своей волей и в своем интересе, для установления обеспечения в отношении нового обязательства необходимо обнаружить проявление воли в отношении именно этого обязательства. Ясно, что при всяком изменении правоотношения, в том числе и при обновлении обязательства, степень риска может меняться в большей или меньшей степени в ту или иную сторону (увеличение или уменьшение). Лицо, предоставляя обеспечение, должно иметь возможность оценить эту степень риска и в зависимости от этого решить, предоставлять обеспечение или нет. Этого невозможно было бы достичь, если бы обеспечение автоматически переносилось на новое обязательство без согласия соответствующего лица.

Интересно отметить, что изменение обязательства, в отличие от новации, обязательство не прекращает, поэтому теория акцессорности прекращения обеспечения оказывается неприменимой. Однако интересы лица, предоставившего обеспечение, могут негативно затрагиваться не только при обновлении, но и при

изменении обязательства. Поэтому такие интересы защищаются правом порядком не нормами о новации и не нормами об изменении обязательств, а специальными положениями, относящимися к самому обеспечению (например, п. 2 ст. 367 ГК).

В российском позитивном праве по ряду причин исторически сложилось такое положение вещей, что нормы об обеспечении обязательств (глава 23 ГК) оказались в корпусе правового регулирования общих положений об обязательствах. Между тем в числе способов обеспечения можно обнаружить, во-первых, такие феномены, которые на самом деле вообще не являются обеспечением (неустойка и отчасти задаток), во-вторых, такие, которые являются обеспечением, но не являются обязательством (залог, удержание). Последние представляют собой ограниченные вещные права на чужое имущество или, соответственно, на чужую вещь. Таким образом, норма п. 2 ст. 414 ГК о прекращении дополнительных обязательств при новации не может распространяться на залог и удержание.

Арбитражная практика в частном случае прекращения залога, предоставленного третьим лицом, при новации обосновывала его прекращение специальной нормой подп. 1 п. 1 ст. 352 ГК (залог прекращается с прекращением обеспечиваемого залогом обязательства) и странным образом именовала при этом данный феномен прекращением *дополнительного обязательства залогодателя*<sup>61</sup>. Действительно, при возникновении залога у залогодателя и залогодержателя возникает некоторое обязательственное правоотношение, но оно является вспомогательным (сохранность залога, обязанность его страховать, контроль сохранности залога и т.п.), получается как бы второй уровень придаточности (вещное право придаточно основному обязательству, а залоговые обязательственные отношения придаточны залогоу). Но обеспечительная функция заключается не в этих обязательствах, ибо она воплощена в ограниченном вещном праве. Именно реализация этого права, а не сопутствующие обязанности залогодателя, дает удовлетворение залоговому кредитору. С учетом изложенного прекращение вещного права залога происходит на основании указанной нормы, а не по п. 2 ст. 414 ГК.

Некоторую особенность отношений можно усмотреть при удержании. Последнее также является акцессорным обеспечением. Это следует из доктринальных представлений и из указания закона на то, что удержание допускается только при неисполнении определенного обязательства (п. 1 ст. 359 ГК). Поскольку новация пресекает просрочку, право ретентора прекращается. Если же ретентор продолжает сохранять владение вещью, то в случае просрочки по новому обязательству удержание возникнет вновь. Для общегражданского удержания справедливость этого вывода, однако, может столкнуться с необходимостью обоснования наличия юридической связи (*Konnexität*) между новым требованием и удерживаемой вещью, но для предпринимательского удержания это обстоятельство иррелевантно, так как для этого вида удержания не имеется требования об упомянутой юридической связи. Ввиду того что удержание зиждется на ограниченном вещном праве ретентора, к его прекращению при новации п. 2 ст. 414 ГК применен быть не может, а правовым основанием является аналитический вывод из п. 1 ст. 359 ГК об акцессорности права удержания. Если же кто-то испытывает затруднения с таким выводом,

<sup>61</sup> Условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником, ничтожно (п. 6 письма № 103).

то результат не поменяется. Тогда надо будет констатировать пробел закона в отношении случаев прекращения права удержания, что неминуемо приведет нас по аналогии закона к подп. 1 п. 1 ст. 352 ГК о прекращении залога.

Таким образом, акцессорными могут быть не только обязательства, но и некоторые вещные права.

- (м) Дополнительные обязательства, имеющие обеспечительную функцию, подпадают под понятие связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств, являясь частным случаем такой дополнительной и акцессорности. Следовательно, основанием их прекращения при новации должен как будто служить п. 2 ст. 414 ГК. Этот вывод не колеблет то обстоятельство, что дополнительные обязательства имеются не у должника, а у третьего лица (поручительство), так как указанная норма ограничения по субъектам не содержит. Однако дело осложняется тем, что правовое регулирование некоторых способов обеспечения может устанавливать собственные основания прекращения обеспечения. Поскольку это регулирование является специальным, оно в силу принципа *lex specialis derogat generali* вымещает действие названной нормы. Так, для поручительства п. 1 ст. 367 ГК связывает его прекращение с прекращением обеспеченного им обязательства. Сложнее обстоит дело с другими способами обеспечения. Обратимся к их анализу.

Независимая гарантия является исключением из общего для всех перечня способов обеспечения принципа акцессорности (ст. 370 ГК). Это может натолкнуть на мысль, что новация обеспечиваемого гарантией обязательства не влечет прекращения обязательства гаранта. В обоснование этого суждения можно привести положения ст. 378 ГК, посвященные прекращению независимой гарантии, среди которых прекращение обеспечиваемого обязательства, в том числе в связи новацией, не названо. Из подп. 3 п. 2 ст. 376 ГК следует, что гарант не вправе отказать в выплате по гарантии при недействительности обеспечиваемого обязательства, а может лишь приостановить свое исполнение на непродолжительный срок. Отсюда можно вывести, что и при прекращении обязательства едва ли должно наступать более кардинальное последствие, чем при недействительности, ведь и в том и в другом случае это означает, что основного обязательства не существует. Также в п. 2 ст. 370 ГК прямо предусмотрено, что гарант не вправе выдвигать возражения, вытекающие из основного обязательства. Вместе с тем при новации обязательства в большинстве случаев так называемые гарантийные случаи не могут наступить в силу изменившегося вида обеспечиваемого обязательства, следовательно, бенефициар не сможет соблюсти правила предъявления требования по независимой гарантии (п. 1 ст. 374 ГК). Кроме того, независимость гарантии не означает, что она перестает быть дополнительным обязательством, если понимать последнее более широко, чем только как акцессорное обязательство.

Эти соображения говорят в пользу применения п. 2 ст. 414 ГК. К сожалению, Пленум не коснулся этого важного вопроса, а устоявшейся практики высших инстанций на этот счет не имеется. Концепция независимой гарантии такова, что она предполагает перенос всех споров, касающихся обоснованности полученного кредитором за счет обеспечения, от взаимоотношений гаранта и бенефициара на взаимоотношения бенефициара и принципала. Общий посыл таков: гарант, не вникая в метаморфозы отношений между кредитором и должником в основном

обязательстве, производит выплату по надлежащему требованию бенефициара; затем принципал возмещает гаранту выплаченную по гарантии сумму; в отношении бенефициара он имеет кондикционное требование, поскольку бенефициар получил за его счет удовлетворение по прекращенному новацией требованию, т.е. неосновательно.

Для задатка также имеется специальная норма, вымещающая действие п. 2 ст. 414 ГК. Согласно п. 1 ст. 381 ГК при прекращении обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон задаток должен быть возвращен. Ясно, что стороны своим соглашением о новации могут приспособить выданный задаток для целей обеспечения исполнения по новому обязательству. Что же должно происходить, если задаток был выдан, а впоследствии было совершено *еще какое-то действие*, которое можно характеризовать как начало исполнения (выдача задатка уже есть начало исполнения). Задаточное отношение, как и все способы обеспечения, является дополнительным обязательственным правоотношением. Следовательно, по п. 2 ст. 414 ГК новация должна прекратить и это обязательственное отношение, несмотря на все его своеобразие.

Обратимся к нашему простейшему примеру с костюмом. Если по обязательству сшить костюм заказчиком был выдан задаток, а затем стороны новировали это обязательство в обязанность передать в собственность готовый костюм, задаток должен быть возвращен в силу указанной нормы. Насколько это соответствует рациональному взгляду на положение вещей, не стоит и говорить, ибо, кажется, вывод должен быть обратным. Едва ли мы должны признать, что у подрядчика, превратившегося в продавца, нет интереса в сохранении задатка, да и заказчик, оказавшийся покупателем, наверное, едва ли откажется от права на получение двойной суммы задатка, если портной впадет в просрочку. Это говорит о том, что правило п. 2 ст. 414 ГК является не самым удачным и не гибким законодательным решением.

Обеспечительный платеж не имеет собственных оснований прекращения обеспечительного правоотношения. Однако и он является дополнительным обязательственным отношением, следовательно, по общему правилу при новации он должен подлежать возврату, поскольку при новации обязательства не могут наступить предусмотренные соглашением обстоятельства, ведь они относились к прежнему, а не к новому обязательству.

Другие обеспечительные меры при новации могут подвергнуться действию п. 2 ст. 414 ГК, если отвечают характеру дополнительного обязательства. В отношении обеспечительной уступки по обязательству финансирования никаких специальных правил на случай новации или иного прекращения обязательства не установлено. Здесь действие п. 2 ст. 414 ГК может натолкнуться на соображение, что данный обеспечительный механизм как бы встроен в тело основного правоотношения. Отчасти это действительно так, но именно обеспечительный характер уступки позволяет без труда усмотреть здесь в качестве основного обязательства обязанность клиента перед фактором вернуть финансирование (основное обязательство) и предоставление обязательственного притязания клиента к своим должникам в качестве дополнительного правоотношения, которое и должно прекратиться в связи с новацией главного обязательства. Насколько это отвечает действительным намерениям сторон — большой вопрос.

Репозитивные механизмы обеспечения, обеспечительная передача собственности, удержание правового титула также могут аналитически разделяться на основное и дополнительное обязательство и таким образом подвергаться риску дисфункции обеспечения при новации, что едва ли полезно для оборота.

В отношении так называемого титульного обеспечения и ряда других способов обеспечения (задаток, обеспечительный платеж) наша практика недостаточно богата примерами, чтобы судить о последствиях новации в отношении обеспечения. Доктринальные наработки также не могут помочь практике. Из этого следует настоятельная необходимость договорного урегулирования при новации судьбы перечисленных обеспечительных механизмов, а также иных, если они появятся, непоименованных способов обеспечения.

Хотя нормы об обеспечении не предусматривают возможности сохранения обеспечения при новации обязательства, в силу принципа свободы договора должник и кредитор в соглашении о новации могут предусмотреть сохранение обеспечения, предоставленного должником. Также нет препятствий договориться об этом заранее. Поскольку должник сам определяет, на какие условия новации он соглашается, заранее данное согласие на сохранение обеспечения при новации может быть абстрактным. Поскольку сохранение обеспечения при новации влияет на само содержание обеспечения, в силу принципа тождества формы такое согласие должно быть облечено в ту же форму, что и сделка об обеспечении, причем независимо от того, как оно выражено, — в виде условия в основном обязательстве или в виде отдельного договора о согласии на сохранение обеспечения при новации.

- (н) Из замены Пленумом термина «дополнительные обязательства» термином «дополнительные требования» можно попытаться извлечь пользу для более иллюстративного обоснования сохранения некоторых правовых состояний, присущих обязательственному отношению в широком смысле. Дело в том, что в обязательстве в широком смысле (главным образом в договоре) могут содержаться такие положения, которые являются дополнительными к обязательству по предоставлению, но не являются требованиями, т.е. притязаниями на предоставление некоторого блага. Например, соглашение о применимом праве, третейская оговорка. Подвести эти феномены под обязательство при желании можно, но это будет очень широкое понимание обязательства. Конечно, их можно попытаться втиснуть и в понятие требования, но опять же тогда придется слишком широко раздвинуть понятие дополнительного требования, искусственность чего сразу будет бросаться в глаза. В этом смысле есть основания утверждать, что новация обязательства в узком смысле с позиции позитивного права не прекращает указанные состояния, так как они не являются требованиями. Новированное обязательство обсуждается согласно условию соглашения о применимом праве, третейская оговорка связывает стороны и по новированному обязательству, если только в соглашении о новации или в ином соглашении стороны не изменили свои договоренности об этом.
- (о) Каким образом стороны могут реализовать опцию сохранить те или иные дополнительные требования в контексте новации, в разъяснении не говорится, видимо, за ясностью этого вопроса. Действительно, здесь применим принцип свободы договора, поэтому стороны вольны распорядиться судьбой дополнительных



требований (причем как связанных, так и не связанных с первоначальным обязательством) как угодно: сохранить их, прекратить их в части, каким-либо образом изменить их, новировать, предоставить по ним отступное, зачесть, поставить их прекращение под условие своевременного исполнения нового обязательства и т.д.

**26. Если в обеспечение первоначального обязательства было выдано поручительство или предоставлен залог лицом, не являющимся должником по этому обязательству, то в результате новации указанные обеспечения прекращаются (пункт 1 статьи 335, пункт 1 статьи 367 ГК РФ). Обеспечения, выданные третьими лицами, сохраняются в отношении возникшего обязательства в том случае, если поручитель или залогодатель прямо выразили согласие на их сохранение, в том числе заранее, до заключения соглашения о новации.**

## Комментарий

- (а) Как известно, некоторые виды обеспечения могут предоставляться не самим должником, а третьим лицом. Это наиболее характерно для поручительства (которое должником в принципе не может быть предоставлено) и залога. Диспозитивность п. 2 ст. 414 ГК проявилась ранее в арбитражной практике неожиданным образом, когда, воспользовавшись ею, кредитор и должник при новации обязательства согласились сохранить залог в отношении нового обязательства, чем, видимо, немало удивили залогодателя — третье лицо. Прекращение основного обязательства, в том числе при новации, влечет прекращение поручительства и залога, предоставленного третьим лицом, в силу специального указания п. 1 ст. 335, п. 1 ст. 367 ГК. Как уже указывалось, п. 2 ст. 414 ГК к этим случаям не применяется. Но кредитор и должник не могут своим соглашением сохранить указанное обеспечение не столько потому, что данная норма здесь неприменима, сколько потому, что в силу п. 3 ст. 308 ГК обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон. Кредитор и должник не вправе договориться об обязанностях третьего лица, и п. 2 ст. 414 ГК никак в этом помочь не может и не должен.

Пленум на принцип относительности в обязательственном праве не ссылается, но делает правильный вывод о том, что новация прекращает и поручительство, и залог, предоставленный третьим лицом. Можно обратить внимание, что предыдущее разъяснение (п. 25) не может касаться случая прекращения залога, предоставленного самим должником, а комментируемое разъяснение (п. 26) указывает только на прекращение при новации залога, предоставленного третьим лицом, или поручительства. Казалось бы, давая разъяснение о прекращении залога или поручительства при новации, можно было сделать его более полным, указав, что залог, независимо от того, кем он предоставлен, или поручительство по общему правилу прекращаются, а далее обозначить исключения, когда с согласия залогодателя или поручителя он сохраняется для нового обязательства. Но Пленум дает разъяснение только в отношении залога третьего лица или поручительства, не упоминая залог, предоставленный самим должником по обеспеченному обязательству. Не означает ли это, что залог самого должника не прекращается и служит обеспечением по новому обязательству? Вряд ли это имелось в виду. Тут надо принять во внимание исторический контекст, поскольку в комментируемом пункте

можно усмотреть продолжение и более последовательное развитие ранее установленной в арбитражной практике правовой позиции, указанной выше. Но главное, такое понимание вступило бы в противоречие с подп. 1 п. 1 ст. 352 ГК, согласно которому залог, предоставленный и самим должником, прекращается с прекращением главного обязательства. Другое дело, что с политико-правовой точки зрения может вызывать вопросы прекращение залога самого должника, договорившегося о новации с кредитором, но позитивное право сомнений не оставляет.

- (б) Можно обратить внимание, что Пленум не говорит о том, что обеспечения прекращаются в случае заключения соглашения о новации, он выражается иначе: прекращение имеет место *в результате новации*. Намеренно или ненамеренно это было сделано, но это весьма точно, ибо заключение соглашения о новации не всегда влечет немедленный ремиссионный эффект. Например, если сделка новации была с отлагательным условием, то обеспечения продолжают действовать вплоть до наступления условия, которое, как известно, может и не наступить. Так или иначе, для любителей позитивизма появился четкий аргумент, обосновывающий отложенную новацию.
- (в) Вывод о прекращении обеспечения следует скорректировать не только ввиду второго предложения в данном разъяснении, но и по другой причине. Это касается такой разновидности поручительства, как глобальное поручительство. Согласно п. 3 ст. 361 ГК в договоре поручительства, поручителем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может быть указано, что поручительство обеспечивает все существующие и (или) будущие обязательства должника перед кредитором в пределах определенной суммы. Соответственно, новое обязательство должника может подпадать под такое его будущее обязательство, которое обеспечено глобальным поручительством. Аналогичное суждение можно сделать в отношении еще одной законодательной инновации — залог по всем, в том числе будущим обязательствам (п. 2 ст. 339 ГК). Впрочем, этот вопрос не имеет пока большого практического значения, поскольку данные разновидности поручительства и залога не получили еще широкого распространения.
- (г) Пленум обоснованно полагает, что обеспечение третьих лиц по первоначальному обязательству может послужить таковым и для нового обязательства, если на то выражена воля этих третьих лиц. Надо заметить, что позитивное право такого положения не содержит, но принцип автономии воли не может не привести именно к такому выводу. Следует заметить, что, допуская такое последствие, Пленум оперирует понятием *«сохранение обеспечения»*. Это может иметь определенное юридическое значение. Дело можно было бы представить так, что новация обязательства при соответствующем согласии лиц, предоставивших обеспечение, означает заключение новых договоров соответственно с поручителем и залогодателем. Но экономическая логика подсказывает другое, ведь стороны при новации на самом деле изменяют свое обязательственное правоотношение, а прекращение первоначального и возникновение нового — это лишь дань традиции. Поэтому справедливо говорить именно о продолжении жизни обеспечения, и термин «сохранение обеспечения» здесь весьма уместен. Для залога это может иметь критическое значение, поскольку его старшинство будет определяться не темпоральным периодом после новации, а изначальным моментом возникновения для первоначального обязательства.

- (д) Пленум определяет, что обеспечение сохраняется, если поручитель или залогодатель **прямо выразили согласие** на их сохранение, в том числе заранее, до заключения соглашения о новации.

Согласие должно быть выражено прямо. Что означает эта характеристика? В судебной практике встречались такие случаи, когда согласие, например, поручителя на сохранение поручительства при изменении основного обязательства пытались обосновать тем обстоятельством, что в условиях основного обязательства устанавливалась тем или иным образом возможность их изменения в будущем. Кредитор, стремившийся не потерять обеспечение, пытался представить дело так, что поручителю было известно содержание основного обязательства, оно предусматривало возможность его изменения, а значит, поручитель был согласен на это. Арбитражная практика высказывалась в том смысле, что согласие должно быть явно выраженным<sup>62</sup>. Возможно, и здесь прямо выраженное согласие следует понимать в таком смысле: оно не подразумевается, даже если в условиях первоначального обязательства содержалось какое-либо туманное положение о потенциальной новации. Если волеизъявление поручителя или залогодателя выражено не вполне ясно, его требуется истолковать по правилам ст. 431 ГК, но указание Пленума на прямоту выражения согласия может поставить под удар такие волеизъявления, поэтому на практике желательно избегать подобных рисков.

Также представляется обоснованным считать согласие на сохранение обеспечения заранее полученным, когда по условиям первоначального обязательства предусматривалась «автоматическая» новация при наступлении определенных условий. Хотя здесь новация также является потенциальной, она включена в содержание обеспеченного обязательства, а потому воля поручителя или залогодателя охватывает это содержание. Это положение дел характерно для всякого рода обусловленности главного обязательства, которое не теряет от этого предоставленного по нему обеспечения. Для пущей надежности, однако, до появления устоявшейся практики на этот счет согласие лучше делать максимально конкретным.

- (е) То, что согласие должно быть прямо выраженным, характеризует лишь одну его сторону, но каким оно должно быть по содержанию?

Когда поручитель или залогодатель дают согласие в момент заключения соглашения о новации или незадолго до его заключения, участникам оборота не составит большого труда конкретизировать это согласие, так как условия новации уже известны. В этом случае допустимо в таком согласии сделать отсылку к соглашению о новации (п. 1 ст. 339, п. 3 ст. 361 ГК), можно описать существо соглашения о но-

<sup>62</sup>

Договор поручительства может предусматривать заранее данное согласие поручителя в случае изменения обязательства отвечать перед кредитором на измененных условиях. Такое согласие должно быть явно выраженным и должно предусматривать пределы изменения обязательства (например, денежную сумму или размер процентов, на которые могут быть увеличены соответственно сумма долга и проценты по нему; срок, на который может быть увеличен или сокращен срок исполнения обеспеченного обязательства и т.п.), при которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника. Если указанные пределы изменения обязательства в договоре поручительства не установлены, но обеспеченное обязательство изменилось, то поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обеспеченного обязательства (п. 16 постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»).

вации или иным образом обозначить, на что именно соглашается соответствующее лицо.

Пленум обоснованно допускает дать согласие на обеспечение новированного обязательства и заранее. И здесь вопрос о содержании согласия обостряется, ведь тут не всегда известно, каковы будут условия новации. Хотя новация и не признается изменением обязательства, содержательно она таковым является. По крайней мере, в результате новации поручитель или залогодатель отвечает своим обеспечением на иных условиях, т.е. по новому, а не по прежнему обязательству. Поэтому представляется достаточно обоснованным ввиду пробела в законе прибегнуть к аналогии закона и усмотреть сходство с заранее данным согласием поручителя на будущее изменение обеспеченного обязательства. Здесь закон дает ясный ответ: такое согласие не может быть абстрактным («согласен на любую новацию»). Оно должно содержать положение о согласии поручителя или залогодателя отвечать по обновленному (новому) обязательству и предусматривать пределы, в которых тот или другой согласен отвечать по новому обязательству должника (п. 2 ст. 367 ГК). Речь идет о суммовых пределах, т.е. необходимо обозначить, сверх какой суммы обеспечение не действует или до какой суммы обеспечение сохраняется. Свыше такого предела новое обязательство должника не будет обеспечено этими способами. При этом данные пределы должны быть соблюдены на момент новации обязательства. Последующее их изменение (например, при рыночном росте цены) не должно приводить к увеличению объема присуждения с лиц, предоставивших обеспечение.

- (ж) Согласие отвечать по новому обязательству является односторонней сделкой. Согласие отвечать по обновленному обязательству влечет соответствующее изменение прав и обязанностей предоставившего его лица относительно первоначальной договоренности об обеспечении. Названное согласие может быть инкорпорировано в договор поручительства или залога и являться одним из его положений. Заключение сепаратного договора о согласии также не исключается.

Во всех случаях рассматриваемое согласие должно отвечать принципу тождества формы, т.е. быть облечено в такую же форму, как соответственно договор поручительства или залога. Последнее объясняется тем, что, по существу, происходит изменение в структуре обеспечительного правоотношения, а потому возникают те же основания, по которым законодатель требует для их формализации определенной формы сделки.

Пленум ничего не разъясняет о том, может ли согласие отвечать по новому обязательству быть дано после заключения соглашения о новации. Юридино-технически новация влечет прекращение поручительства и залога. Следовательно, давать согласие о сохранении обеспечения невозможно, поскольку сохранять уже нечего. Этот вывод настолько же формально логически безупречен, насколько он не соотнобразуется с интересами сторон. Следовательно, юридический пуризм должен быть отброшен, а право должно обратиться к удовлетворению ни в чем не противных закону интересов сторон. Такое согласие допустимо.

Об обеспечении при новации см. также комментарий к п. 23.

27. Помимо указания на первоначальное обязательство в соглашении о новации должны быть согласованы предмет нового обязательства и иные условия, необходимые для договора соответствующего вида (пункт 1 статьи 432 ГК РФ). Например, если взамен первоначального обязательства должник обязуется передать товар в собственность, то в соглашении о новации должны быть указаны наименование и количество товара (пункт 3 статьи 455 ГК РФ).

## Комментарий

- (а) Выше уже было сделано предположение, что под новацией следует понимать изменение вида обязательства. Косвенное подтверждение этому суждению можно обнаружить в этом пункте постановления. Коль скоро новация влечет прекращение первоначального обязательства и возникновение нового обязательства, воля сторон должна содержать обозначение первоначального обязательства, чтобы было понятно, какое именно обязательство прекращается, и обозначение нового обязательства, чтобы было ясно, какое обязательство возникает. Поскольку обязательство влечет обязанность должника совершить в пользу кредитора определенное действие (или бездействовать), необходимо обозначить это требуемое поведение. Поэтому Пленум указывает, что должны быть согласованы предмет нового обязательства и иные условия, необходимые для договора соответствующего вида, обосновывая это п. 1 ст. 432 ГК. В качестве примера приводится необходимость согласования наименования и количества товара, если новым обязательством является обязанность передать товар в собственность. Трудно представить себе договор новации, который, предусматривая новое обязательство по передаче товара в собственность, не определял бы его наименование и количество. Интересен был бы другой пример, где имеется некоторая неопределенность, когда для новации достаточно двух условий, а для образующегося в результате новации договора — больше.
- (б) Пленум считает, что соглашение о новации, помимо предмета обязательства, также должно определять *иные условия, необходимые для договора* соответствующего вида. Как уже неоднократно указывалось, при новации вместо одного обязательства в узком смысле возникает другое обязательство в узком смысле. Двусторонний договор не новирруется в целом, в нем изменяется один из элементов, одно или несколько его условий, если прибегать к натуралистическому взгляду, причем все они характеризуют действия одной стороны, но не другой (здесь не рассматривается двойная новация, когда новируют обязательства обеих сторон, что также вполне допустимо). Однако изменение видообразующего элемента в договоре неминуемо влечет не только новацию обязательства в узком смысле, но также изменение вида обязательства в широком смысле (например, договора), при этом без содержательного изменения обязательства другой стороны (неновируемое обязательство). Например, по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Допустим, обязательство исполнителя новирруется в обязательство передать товар в собственность (речь не идет о недвижимости). В соглашении о новации указывается первоначальное обязательство (услуги) и определяется обязанность передать вид подлежащего передаче товара и его количество (новое обязательство). Обязанность

заказчика, превратившегося в покупателя, новацией не затрагивается, ибо это другое обязательство, оно сохраняется неизменным (понятно, что и его можно поменять на другой вид и тогда получится двойная новация). Согласно приведенному Пленумом примеру, здесь вроде бы все в порядке: новый предмет обязательства (на самом деле он же и предмет договора купли-продажи, т.е. обязательства в широком смысле) согласован. Другие условия договора купли-продажи не являются необходимыми для этого вида договора. Следовательно, ценой товара (неновируемое обязательство) будет цена, согласованная ранее для оплаты услуг, а если цена не была согласована, то применению подлежит п. 3 ст. 424 ГК (обычная цена).

Теперь изменим пример и превратим исполнителя услуг в доверительного управляющего, т.е. обязательство по оказанию услуг новируется в обязательство по доверительному управлению имуществом. Предметом договора доверительного управления имуществом является собственно управление соответствующим имуществом. Следовательно, соглашение о новации должно содержать указание на состав имущества, передаваемого в доверительное управление, на учредителя управления или выгодоприобретателя и срок управления. Предмет обязательства следует считать согласованным. Но по ст. 1016 ГК к существенным условиям возмездного договора доверительного управления имуществом относится также размер и форма вознаграждения управляющему. Это то самое условие, которое, как указал Пленум, является необходимым для договора соответствующего вида, т.е. того договора, который образуется в результате новации. Однако размер встречного предоставления либо уже был согласован сторонами, когда они пребывали в договоре возмездного оказания услуг, либо определялся правилом об обычной цене (п. 3 ст. 424 ГК). Обязательство по оплате не новируется, новация заменяет обязательство другой стороны — исполнителя. Означает ли это, что имелась в виду необходимость в соглашении о новации указывать тем не менее не только новое обязательство, но и обязательство другой стороны?

Буквальная интерпретация обсуждаемого текста разъяснения приводит именно к такому суждению. Получается, что хотя соглашение о новации касается только обязательства одной стороны, ибо только оно и новируется, но в соглашение следует включить положение и об обязательстве другой стороны, так как это является необходимым условием для договора доверительного управления имуществом. Схожая ситуация в силу п. 3 ст. 1286 ГК складывается, если исполнитель превратится в лицензиара. Таким образом, если ординарная (двухчастная) новация — это соглашение о двух обязательствах (первоначальном и новом), то здесь перед нами соглашение о трех обязательствах (первоначальном, новом и нововируемом). Обнаруживается своего рода *трехчастная новация*, когда в предмет новации входят положения о трех обязательствах.

Независимо от того, насколько обоснованно в тех или иных случаях законодатель относит к существенному условию цену договора, намерение его очевидно — это делается для того, чтобы устранить применение правила об обычной цене (п. 3 ст. 424 ГК). Соответственно, при новации может сложиться двоякая ситуация в зависимости от того, была ли согласована нововируемая цена договора. Если цена не была определена, следует признать, что это нужно сделать в соглашении о новации, иначе создастся ситуация, которой законодатель желал избежать, — применение правила об обычной цене. Неважно, каким образом стороны оказались в таком

виде договора, который требует определения цены, — изначально или вследствие новации обязательства соответствующей стороны. Получается, что в соглашении о новации должны содержаться условия, которые к новации обязательства в узком смысле не относятся, поскольку определяют обязательство другой стороны.

Если же цена была согласована, ситуация оказывается другой. Требовать от сторон непременно определить в соглашении о новации цену еще раз означает вступить в противоречие со здравым смыслом. Разногласия по цене не могут возникнуть, а правило об обычной цене не может применяться, ибо она согласована. Цель законодателя уже достигнута, а повторная трансляция цены из условий ненавируемого обязательства в соглашение о новации кажется избыточным формализмом. К сожалению, Пленум, который в комментируемом пункте требует указания *в соглашении о новации* существенных условий образующегося в результате новационной трансформации договора, не замечает того, что эти условия могли быть согласованы в исходном договоре и должны по умолчанию проецироваться на новое содержание договорного правоотношения. Практически это означает, что до того, пока наша юриспруденция не усвоит правильный подход, сторонам соглашения о новации лучше совершить бессмысленное действие и указать в соглашении о новации по существу ненужное, но формально необходимое — цену по ненавируемому обязательству.

- (в) В п. 22 постановления определено, что новация имеет место при изменении как предмета обязательства, так и его основания. В комментируемом пункте ничего не сообщается о содержании соглашения новации, когда меняется только основание обязательства, но не его вид. На первый взгляд в таком соглашении должны быть указаны первоначальное обязательство и новое основание обязательства. Тогда получается, что содержание новации может быть, например, таким: долг из такого-то договора купли-продажи считать заемным. Но есть опасение, что столь радикальный лаконизм может удивить судью и рекорд по самому краткому договору не будет засчитан. Поэтому с практической точки зрения желательно определить все же и предмет обязательства, и другие условия, необходимые для договора, которому соответствует содержание нового обязательства. Это следует сделать и потому, что разъяснение можно понять таким образом, что оно относится как к одному виду новации (замена предмета обязательства), так и к другому (замена основания обязательства).

**28. Если в результате новации договорного обязательства соглашение сторон утратило признаки первоначального договора (например, если предметом нового обязательства стали уплата процентов и возврат суммы денежного долга вместо передачи товаров, которая являлась предметом первоначального обязательства), то с момента новации к отношениям сторон применяются правила о договоре, возникшем в результате новации, или правила о непоименованных и смешанных договорах (пункт 3 статьи 420 ГК РФ).**

Если иное не указано в соглашении о новации, то к иным (не прекращающимся новацией) правам и обязанностям сторон, возникшим до новации, применяются правила о первоначальном договоре. Например, если обязательство, являвшееся встречным к новарируемому, было исполнено ненадлежащим образом, то кредитор по такому обязательству сохраняет право на использование соответствующих этому обязательству мер защиты.

**Следует учитывать, что в отношении первоначального договора и договора, возникающего между сторонами в результате совершения новации, могут быть установлены разные требования к форме, например, в связи с тем, что возникающий договор относится к иному договорному типу или в отношении сделок с имуществом, которое должник обязан предоставить во исполнение нового обязательства, установлены специальные требования к форме. В таком случае к соглашению о новации подлежат применению наиболее строгие из таких правил о форме сделки (пункт 1 статьи 452 ГК РФ).**

## **Комментарий**

- (а) Новация приводит к прекращению обязательства в узком смысле и возникновению обязательства в узком смысле. Договорные обязательства в узком смысле являются встроенными в договор (обязательство в широком смысле). Если представить себе договор как набор различных элементов, в том числе обязательств в узком смысле (но не только), то новация выглядит как замена одного элемента другим элементом в этом наборе. Обязательства в узком смысле могут являться видообразующими элементами договора. Например, обязательство платить деньги (но не вернуть их) присутствует во множестве договоров и обычно не определяет их вид. Обязательство переместить вещь из одной точки пространства в другую существует в договоре перевозки груза и, соответственно, является видообразующим обязательством.

Поскольку новация обязательства может приводить к появлению иного видообразующего элемента в договорном правоотношении сторон, она может повлечь не только изменение обязательства в узком смысле, но и изменение вида обязательства в широком смысле, т.е. изменение вида договора. В некоторых случаях вид договора определяется не по одному обязательству в узком смысле, а по определенному соотношению обязательств каждой стороны. Например, если обязательство передать в собственность вещь соотносится с обязательством уплатить за нее деньги, мы имеем дело с договором купли-продажи; если это же обязательство соотносится с другим обязательством передать в собственность вещь, перед нами договор мены. Как видно, здесь обязательство передать в собственность вещь является видообразующим не само по себе, а в его соотношении с другим обязательством.

Вследствие новации происходит изменение в соотношении обязательств в узком смысле, которое таким образом может привести к изменению вида договора. Следовательно, после новации к отношениям сторон перестает применяться регулирование, которое применялось ранее, а начинает применяться регулирование, предусмотренное для другого вида договора или, если он окажется смешанным или непоименованным, соответственно применяются правила о смешанных и непоименованных договорах. На такое понимание последствий новации договорных обязательств и направлен первый абзац комментируемого пункта. Пленум не упоминает о прекращении применения ранее применявшегося к отношениям регулирования в связи с изменением вида договора, но иначе и быть не может, ибо невозможно продолжать применять к соглашению, утратившему в соответствующей части признаки определенного договора, правила о таком договоре, они могут не попадать в цель.



- (б) Поскольку в первом абзаце комментируемого пункта указывается на необходимость применения договорного режима к новому обязательству, в этой части ограничение его действия только новацией договорного обязательства необоснованно. Если, скажем, стороны кондикционного отношения договариваются о его прекращении заемным обязательством, к последнему также применимы правила о договоре, возникшем в результате новации. Иными словами, неважно, какое обязательство новирруется, определяющее значение имеет результат новации, а именно поиск ответа на вопрос: какому виду договора соответствует соотношение прав и обязанностей сторон по обязательству в широком смысле? То, какое обязательство было новировано, определяет, что прекратилось, а результат новации — что получилось. Ведь новация является ремиссионной сделкой лишь наполовину, так как она не только прекращает одно обязательство, но и порождает другое.
- (в) Прекращение применения правового регулирования прежнего вида обязательства (первоначальный статут) к новированным отношениям сторон имеет перспективный модус. Поэтому в разъяснении уточняется, что правила о договоре, возникшем в результате новации, или правила о непоименованных и смешанных договорах начинают применяться с момента новации. Здесь надо сделать поправку для ретроактивного договора там, где его модель возможно применить.

Пленум совершенно точно указывает, что правила о соответствующем договоре применяются не только к действию должника, чьи обязанности изменились, а к отношениям обеих сторон. Это принципиально важно, поскольку исполнение обязательства является процессом, в котором взаимодействуют обе стороны, а не односторонним актом должника, как некоторые ошибочно считают (исполнение обязанности не тождественно исполнению по обязательству). Отсюда новация может приводить к тому, что действия кредитора в программе обязательства также меняются, он будет обязан к выполнению иных кредиторских обязанностей. Например, если обязательство заемщика заменяется на обязательство выполнить работу, кредитор оказывается в позиции заказчика, которая с очевидностью не только дает ему новые права, но и возлагает на него новые обязанности, которые предусмотрены главой 37 ГК и которые у работодателя отсутствовали.

- (г) Сформулированная правовая позиция о применении к отношениям сторон правил о договоре, возникшем в результате новации, поставлена под условие о том, что в результате новации договорного обязательства соглашение сторон утратило признаки первоначального договора («Если в результате новации договорного обязательства соглашение сторон утратило признаки первоначального договора...»). Отсюда логически следует, что могут иметь место случаи, когда в результате новации договорного обязательства соглашение сторон не утрачивает признаки первоначального договора. Если считать новацией изменение вида обязательства, то довольно сложно понять, что это за случаи.

Кто-то может привести такой пример, когда по договору аренды денежное обязательство арендатора новирруется в неденежное и, по видимости, стороны остаются в рамках того же договора аренды. Формально это так, поскольку п. 2 ст. 614 ГК предусматривает, что арендная плата может выражаться не только в деньгах. Но по существу мы имеем дело с особым видом смешанного договора, ведь если между сторонами возникнет, скажем, спор о качестве вещей, переданных в каче-

стве арендной платы, то обращение к купле-продаже будет неизбежным. Таким образом, вид обязательства в действительности меняется, ибо обязательство платить деньги и обязательство передать вещь в собственность различны по содержанию.

Разъяснение касается только случая, когда основание как первоначального, так и нового обязательства — договорное. Следовательно, признаки первоначального договора всегда окажутся утраченными, так как речь пойдет о другом договоре, под который подпадут отношения сторон в результате новации. Но пресловутое «если» побуждает отыскать такой случай новации, который не поменяет вид договора. Приходится вернуться к нашему примеру с заменой обязательства передать в собственность корову на такое же обязательство в отношении быка (см. комментарий к п. 22). Здесь, действительно, вид обязательства с заменой задолженной вещи не меняется: договор как был куплей-продажей, так и остался ею. Вопрос только в том, следует ли названное изменение относить к новации. Возможно, надо вообще игнорировать это «если», имея в виду, что к отношениям сторон подлежат применению правила о таком виде договора, которому отвечает соотношение прав и обязанностей сторон, сложившихся в результате новации. Тут может быть только три варианта: поименованный договор, смешанный договор и непоименованный, включая упомянутый, договор.

- (д) Коль скоро новация может приводить к изменению вида договора в целом, первоначальный статут следует отложить в сторону, а к отношениям сторон полностью применять правила о новом договоре. Ведь предполагается, что взаимоотношения для каждого поименованного договора внутреннее сбалансированы и отвечают характеру соотношения обязательств в узком смысле. Оставляя в стороне двойную новацию (когда меняются обязательства обеих сторон), заметим, что одинарная новация заменяет обязательство только одной стороны, а обязательство другой стороны остается неизменным (неновируемое обязательство), ее права и обязанности, возникшие до новации, сохраняются, если только к моменту новации они уже не были реализованы и выполнены соответственно. Соотношение разъяснения первого и второго абзацев комментируемого пункта наталкивает на мысль, что в первом случае нововируемое обязательство прекратилось до новации исполнением, а во втором — нет, ибо там идет речь о непрекращающихся новацией правах и обязанностях сторон. Правда, уверенности в этом предположении не имеется.

Если вспоминать, что нововируемое обязательство, помещенное в иной вид первоначального договора, подчинялось ранее другому регулированию, то новое договорное отношение в целом рискует оказаться конфликтующим, не подходящим для вновь сложившегося соотношения прав и обязанностей.

В качестве примера применения своего разъяснения Пленум приводит случай, когда предметом нового обязательства стали уплата процентов и возврат суммы денежного долга вместо передачи товаров, которая являлась предметом первоначального обязательства. Видимо, речь идет о том, что первоначальным договором был договор купли-продажи, а в результате замены обязательства продавца он превращается в договор займа. Следовательно, стороны в своих действиях по договору должны руководствоваться нормами главы 42, а не главы 30 ГК.

Новация чаще всего происходит тогда, когда одна сторона предоставила исполнение, а другая сторона (должник) испытывает затруднения с исполнением своего первоначального обязательства, причем на той стадии отношений, когда он уже впал в просрочку. Для приведенного примера это означает, что покупная цена товара уплачена. Соответственно, данная цена после новации рассматривается как выданный заем, а обязательство продавца, превратившегося в заемщика, — как обязательство по возврату суммы займа и уплате соответствующих процентов. Таким образом, все договорное правоотношение укладывается в новый договорный тип.

Возвращаясь к центральной идее разъяснения, содержащегося в первом абзаце комментируемого пункта, следует акцентировать внимание на том, что в результате новации ко всему договорному отношению в целом необходимо применять правила об ином договоре, нежели первоначальный. Второй же абзац, видимо, в представлении Пленума является исключением, когда к новированному обязательству применяются правила о новом договоре, а к неновированным правам и обязанностям сторон — правила о первоначальном договоре. Получается такой своего рода новационный депесяж (расщепление обязательственного статута на первоначальный и новый).

Прежде всего надо определиться, в каком случае действует исключение, т.е. правило о первоначальном статуте. Для его применения требуется, чтобы при новации гипотеза отвечала трем условиям: 1) имеются непрекращающиеся права и обязанности; 2) они возникли до новации; 3) в соглашении о новации не указано иное. Под непрекращающимися правами и обязанностями, видимо, следует понимать неновированное обязательство другой стороны — контрагента должника по обновленному обязательству (это видно из примера). Некоторую сложность в интерпретации разъяснения представляет приведенный пример, поскольку он оказывается уже, чем само правило, ибо касается случая *нарушения* неновированного обязательства другой стороны. Тем не менее, поскольку это именно пример, вряд ли у судей было намерение таким неуловимым образом заузить гипотезу общего правила, следовательно, исключение (применение первоначального статута) должно применяться и тогда, когда неновируемое обязательство не было нарушено.

Комментируемое разъяснение касается новации только договорных обязательств. Большинство случаев новации представляют собой не двойную (когда новируются обязательства каждой стороны), а одинарную новацию (когда новируется обязательство только одной стороны). Точно так же большинство случаев такой одинарной новации касаются ситуации, когда права и обязанности по обязательству другой стороны (неновируемое обязательство) уже возникли из консенсуального договора. Например, по неисполненному договору купли-продажи стороны договариваются о замене обязательства продавца передать товар в собственность на обязательство, скажем, оказать услугу. Итак, во всех таких случаях (1) имеются неновируемые права и обязанности, (2) они возникли до новации и (3) если соглашением не установлено иное, подлежит применению разъяснение второго, а не первого абзаца. Получается, что разъяснение второго абзаца исключает действие разъяснения первого абзаца во всех случаях, когда встречное к новированному обязательство не было исполнено до новации, поскольку при надлежащем исполнении обязательство прекращается (п. 1 ст. 408 ГК).

Как уже отмечалось, новация зачастую является вынужденным для кредитора средством, когда он свое обязательство исполнил надлежащим образом, а должник испытывает затруднения с исполнением. В таком случае при новации первоначальный статут не применяется, т.е. действует разъяснение первого абзаца. В тех ситуациях, когда неновируемое обязательство не исполнено, а, судя по примеру, также когда оно было исполнено, но ненадлежащим образом, к обязательствам сторон подлежит применению расщепленное регулирование: к новому обязательству применяются правила о новом договоре, а к обязательству другой стороны — правила о прежнем договоре (первоначальный статут).

Такое понимание текста может приводить к усложнению отношений в зависимости от вновь открывающихся обстоятельств, которые стороны должны быть готовы адаптировать в своей практике. Предположим, что стороны состояли в отношениях по договору мены, одна сторона передала товар другой стороне, после чего обязательство последней было новировано, скажем, в обязательство по выполнению работ. Это отношение подпадает под регулирование, соответственно, норм о подряде. При этом заказчик должен быть готов отвечать по иску из договора мены, если в переданном товаре обнаружатся недостатки. Но, кроме того, окажется, что встречное предоставление по договору подряда со стороны заказчика исполнено не в полном объеме (ибо недостаток товара уменьшает стоимость предоставленного), поэтому подрядчик, видимо, вправе приостановить работу, ведь в программе подрядного отношения работа должна была быть «оплачена» товаром, а он оказался с недостатками.

С учетом содержания примера, возможно, все же имелось в виду более узкое понимание разъяснения, смысл которого следует свести к гипотезе примера, а текст, составляющий исключение из общего правила, считать просто несколько редакционно неточным. Тогда исключение сводится к случаям, когда до новации обязательства одной стороны обязательство другой стороны оказалось исполненным ненадлежащим образом (и вопрос состоит в применении последствий такого нарушения) или данное обязательство было исполнено надлежащим образом (и встает вопрос о правовых последствиях такого исполнения). В этом подходе, кажется, даже можно усмотреть *ratio legis*: поскольку новация возникла после нарушения другого обязательства и в соглашении о новации ничего особенного не указано, права кредитора, чьи права нарушены, не должны умаляться, ведь изначально он рассчитывал на первоначальный статут, который и надо ему предоставить. В таком понимании это разъяснение отчасти накладывается на разъяснение п. 23 постановления, так как в примере говорится о нарушении встречного новированного обязательства.

Возьмем пример Пленума из первого абзаца и адаптируем его к условиям исключения, сформулированного во втором абзаце. По договору купли-продажи покупатель нарушает обязательство по оплате товара, стороны новируют обязательство продавца обязательством по уплате процентов и возврату суммы денежного долга. Получается, что в силу п. 2 ст. 487 и ст. 328 ГК заемщик вправе отказаться от договора консенсуального займа, что довольно странно, ибо кажется, что новация в таком случае просто дисфункциональна. Если договор купли-продажи предусматривал возможность взыскания предоплаты, то заемщик вправе взыскать сумму займа (по заемной каузе это невозможно, но по разъяснению следует применять

первоначальный статут), после чего будет должен возратить ее с процентами. Получается, что достигается тот результат, который наш правопорядок стремится устранить для заемного обязательства. Возможно, эта несурзаица возникла из-за того, что взят негодный пример, и в других случаях разъяснение сработает корректно. Но здесь следует опустить пока перебор всех возможных вариантов, ибо предпринятые выше интерпретации уже показывают наличие юридического риска, связанного с правильным усвоением смысла разъяснения во втором абзаце. Кажется, оно нуждается в аутентичном разъяснении, поскольку сложно с уверенностью сказать, что там имелось в виду.

Еще одно несоответствие гипотезы правила о первоначальном статуте примеру обнаруживается в том, что в ней фигурируют непрекращающиеся права и обязанности вообще, а пример использует понятие встречного обязательства. Несмотря на то, что закон чаще оперирует понятием «встречное исполнение», а понятие «встречное обязательство» используется редко (ст. 572 ГК), можно предположить, что приведенный пример касается синаллагматического обязательства. Здесь возникает такой же вопрос, как и с предыдущим несоответствием: следует ли заузить гипотезу правила первоначального статута до синаллагматических обязательств или она применима и к другим обязательствам? Большинство случаев новации договорных обязательств касается именно синаллагматических обязательств, что понятно, так как их просто больше, поэтому, возможно, существенных затруднений возникнуть не должно, однако с практической точки зрения это следует принять во внимание при заключении соглашения о новации по соответствующим видам обязательств.

Встает также вопрос: охватывает ли выражение «иные (не прекращающиеся новацией) права и обязанности сторон» лишь притязания, т.е. случаи обязанности к предоставлению и притязания на предоставление, или не только? Ведь от этого будет зависеть, будет ли применен новый статут в целом либо произойдет расщепление статутов. Например, в этом аспекте можно опять упомянуть секундарные права или всевозможные гарантии и потенциальные охранительные права и обязанности.

Есть и еще один нюанс с критериями гипотезы правила первоначального статута. Дело в том, что даже если неновируемое обязательство было исполнено до новации, должник по нему сохраняет обязанность отвечать, например, за качество предоставления, за эвикцию. Получается, что разъяснение первого абзаца в такой ситуации практически никогда не найдет применения, ибо всякий случай исполнения обязательства одной стороны до новации обязательства другой стороны приводит к тому, что эти обязанности новацией не прекращаются и возникли они до новации, а вот перфекция прав по ним согласно разъяснению иррелевантна.

Новационный депесаж может приводить и к другим необычным последствиям. Предположим, что между сторонами заключен договор купли-продажи. Соглашение о новации может заключаться и на такой стадии отношений, когда ни одна сторона не приступила к исполнению своего обязательства и ни одна из них не находится в просрочке. Такая ситуация, видимо, подпадает под разъяснение второго абзаца комментируемого пункта.

Для приведенного примера это не очень реалистично, но все равно рассмотрим его чисто гипотетически. Если обязательство покупателя заменяется заемным и теперь состоит в обязанности уплатить ту сумму, которую он изначально должен был уплатить продавцу, в качестве погашения займа (п. 1 ст. 818 ГК), договорный тип меняется, но только для заемщика: заключенный договор для него следует рассматривать как договор займа. Далее мы с неизбежностью имеем развилку двух путей, ведущих к реальному или консенсуальному виду договору. Если покупателем являлся гражданин, то договор займа *a priori* не может быть консенсуальным (п. 1 ст. 807 ГК). Поэтому такая новация не может создать обязанности для него, но к неновированному обязательству продавца подлежит применению первоначальный статут, т.е. купля-продажа, следовательно, он обязан передать товар. Получается, что до исполнения имеется только одно обязательство — передать товар, у другой стороны никаких обязательств нет. Перед нами возник односторонний договор купли-продажи, т.е. логически невозможная конструкция.

Если продавец передаст товар, а бывший покупатель, оказавшийся заемщиком, примет его, возникнет заемное обязательство независимо от субъектного состава на стороне заемщика. Если этого не произойдет, то никакого договора нет вовсе. Выходит весьма своеобразная новация. Если заемщиком окажется не гражданин, а другой субъект гражданского права, то для него договор следует квалифицировать в качестве консенсуального договора займа, а продавец, сохраняя обязанность по первоначальному статуту, обязан передать товар. Конечно, нет уверенности, что новационный депесяж приведет именно к такой квалификации, ибо само это юридическое явление еще плохо изучено наукой, но теперь придется этим заняться.

Интересные метаморфозы в правоотношении сторон, которые следует учитывать на практике и регулировать соответствующие риски договором, могут происходить в тех случаях, когда от того, какой статут подлежит применению (новый или первоначальный), зависит момент перехода права собственности. Представим, что одна из сторон договора мены передает вещь другой стороне. Согласно ст. 570 ГК право собственности на вещь не может перейти к владельцу в этот момент, поскольку другая сторона свою вещь еще не передала. Далее стороны новируют обязательство другой стороны по передаче вещи в денежное обязательство. Если к такому правоотношению с момента новации применить правила о купле-продаже, то получится, что согласно п. 1 ст. 223, п. 1 ст. 458 ГК право собственности оказалось перешедшим с момента передачи вещи, т.е. в прошлом. Если же фингировать уплату цены в передачу вещи, то право собственности перейдет в момент платежа.

Другой пример. По договору купли-продажи с условием о сохранении права собственности за продавцом (ст. 491 ГК) стороны новируют обязательство покупателя в заемное (п. 1 ст. 818 ГК). По смыслу ст. 491 ГК право собственности переходит к покупателю после оплаты товара, которая уже никогда не может произойти, так как это обязательство прекратилось. Здравый смысл подсказывает, что право собственности не должно переходить к заемщику до исполнения им заемного обязательства, но это еще надо потрудиться обосновать нормативно. Урегулирование этого аспекта договором позволит устранить потенциальные юридические контроверзы.

Учитывая изложенное, с практической точки зрения в соглашении о новации сторонам следует максимально тщательно проанализировать права и обязанности в отношении ненавируемого обязательства, чтобы они не вступили в противоречие с их интересами, либо применить двойную новацию, чтобы во всем договорном отношении не осталось ненавируемых прав и обязанностей, исключив тем самым даже потенциальную возможность применения этого разъяснения, ибо неизвестно, как оно будет воспринято судьями и насколько корректно оно сработает во множестве особенных случаев.

- (е) Во втором абзаце может представлять интерес блокирующая оговорка разъяснения («Если иное не указано в соглашении о новации...»). Получается, стороны вправе предусмотреть, что к ненавируемым правам и обязанностям может применяться не первоначальный статут, а иное регулирование. Последнее возможно настолько, насколько это позволяют императивные нормы, относящиеся к сохраняющимся правам и обязанностям. Не поменяв его вида, полностью изъять ненавируемое обязательство из-под действия первоначального статута невозможно.
- (ж) Третий абзац, посвященный форме договора о новации, аналогичен разъяснению, сделанному для отступного (см. п. 8 постановления), что неудивительно, так как оба случая в действительности представляют собой изменение договора. Если вследствие новации образуется такой договор, требования к которому отличны от требования к форме первоначального договора, применению подлежат более строгие формы. Какие затруднения могут возникать при этом подходе, уже указывалось в комментарии к п. 8, поэтому здесь они повторяться не будут.

Надо обратить внимание, что данное разъяснение с очевидностью распространяется только на случаи новации договорного обязательства. Между тем если недоговорное обязательство, для которого правила о форме договора неприменимы, новируется в договорное обязательство, то требования о форме также должны соблюдаться. Иными словами, соглашение о новации должно оформляться в такой форме, которая требуется для договора, образующегося в результате новации. Разъяснение оказалось несколько уже, чем необходимо по существу дела, возможно, потому что приведенный случай не вызывал сложностей на практике.

- (з) Следует обратить внимание еще на один нюанс, который имеет, скорее, оформительский характер. Соглашение о новации, особенно в коммерческих отношениях, обычно заключается в форме подписания соответствующего письменного документа, которым определяется предмет этого договора (замена одного обязательства другим или замена одного основания обязательства другим). Ненавируемое обязательство другой стороны этим предметом не охватывается. Но дело в том, что для отдельных видов договоров закон требует заключения соглашения в виде единого документа (например, продажа недвижимости (ч. 1 ст. 550 ГК)), а кроме того, ненавируемое обязательство может охватывать существенное условие договора (например, цена имущества (п. 1 ст. 555 ГК)), т.е. оно должно быть определено в указанном документе.

Допустим, между сторонами имелся договор займа, по которому обязательства заемщика заменяются его обязанностью передать в собственность недвижимость. В силу комментируемого разъяснения образующийся в результате новации дого-

вор должен быть подчинен наиболее строгой форме, т.е. иметь форму одного документа. В приведенном случае нововируемое обязательство по оплате сформулировано в одном документе (договор займа), а новированное обязательство — в другом (соглашение о новации), где сказано, что вместо исполнения причитающегося по договору займа должник обязан передать в собственность недвижимость. Перед нами два документа, которые в совокупности и образуют новое обязательство в широком смысле, т.е. договор купли-продажи недвижимости. Требование Пленума не соблюдено.

Как оформить новацию, чтобы соблюсти это требование? Видимо, проще всего составить один документ, в котором будет указано, что стороны нововируют соответствующие заемные обязательства обязательством передать в собственность недвижимость, и изложить далее содержание договора купли-продажи, где в качестве покупной цены указывается сумма предоставленного займа. Добавление листов соглашения о новации к листам договора займа может оказаться рискованной практикой, ибо хотя она и не противоречит существу дела, может стать жертвой извращенной юридической схоластики. Выходит, соблюдение требования к строгой форме некоторых договоров требует трехчастной новации, в которой должны содержаться не только положения о первоначальном и новом обязательствах, но и положение о нововируемом обязательстве, причем все это должно быть в одном документе.

Сравнение аналогичного разъяснения о метаморфозах формы ремиссионной сделки отступного с комментируемым разъяснением выявляет небольшое терминологическое различие. Если в п. 8 постановления говорится об ином *виде обязательства*, то здесь употребляется термин «иной *тип договора*». Поскольку требования к форме устанавливаются не для обязательств в узком смысле, т.е. действий, а для сделок, включая договоры, видимо, речь идет об одном и том же — о требовании к форме договора определенного типа или к форме договора определенного вида. В теории договорного права считается, что договоры подразделяются на различные типы, а внутри каждого типа выделяют договоры разного вида. Например, договор купли-продажи и договор хранения относятся к договорам различного типа, а договор поставки и договор продажи недвижимости — это договоры одного типа (купля-продажа), но различного вида. Если, к примеру, обязательство продавца передать в собственность движимую вещь заменяется на его же обязательство передать в собственность недвижимость, то тип договора остается прежним, а вид договора изменяется. Является ли такое соглашение новацией, пока остается не до конца ясным, так как можно сказать, что предмет обязательства изменился, поскольку действия нетождественны, либо что поменялось основание обязательства, так как виды договоров неодинаковы (подробнее см. комментарий к п. 22).

Представляется, строгая форма договора (ч. 1 ст. 550 ГК) должна быть соблюдена, потому что если это новация, разъяснение Пленума содержит и другое положение — строгая форма должна соблюдаться в отношении сделок с имуществом, которое должник обязан предоставить во исполнение нового обязательства, если установлены такие специальные требования к форме. Иными словами, неизменность типа договора в указанном случае не исключает применение требования о строгой форме сделки. Если это не новация, то употребление термина «тип договора» в данном разъяснении ничему не вредит, ибо касается только новации, а из-



менение вида договора, если это не считать новацией, выходит за пределы комментируемой темы прекращения обязательства новацией. Не следует тратить здесь место обоснованием того, почему и при изменении договора требуется соблюсти строгую форму для измененного договора.

**29. Истечение срока исковой давности по первоначальному обязательству не препятствует заключению соглашения о новации. Срок исковой давности по обязательству, возникшему в результате новации, начинает течь заново с момента, определяемого на основании правил об исковой давности (статья 200 ГК РФ).**

## Комментарий

Истечение срока исковой давности по обязательственному требованию, как известно, не прекращает самого обязательства. Требование оказывается ослабленным в части его судебной защиты, поскольку его удовлетворение судом зависит от того, заявит соответствующее лицо об исковой давности или нет. Именно поэтому нет никаких препятствий произвести удовлетворение по заданному требованию, которое прекратит обязательство исполнением. Обязательство, требование по которому поражено давностью, является натуральным обязательством. Такие основания прекращения обязательств, как зачет, отступное и новация, принято относить к суррогатам исполнения. Все они также применимы к натуральным обязательствам с особенностью асимметричной перфекции зачета. В силу принципа автономии воли лицо, требование к которому заданно, может прибегнуть к защите своего интереса давностью, но вправе этого не делать. Так же как можно исполнить заданное обязательство, удовлетворив пораженное исковой давностью требование, можно и прекратить его иным образом, например суррогатом исполнения. Отсюда следует принципиальная допустимость прекращения обязательства новацией, хотя бы требование по нему и было поражено давностью. Это суждение кажется очевидным, поэтому вызывает удивление, что кто-то считал иначе.

Пленум выражается в том смысле, что истечение срока исковой давности по первоначальному обязательству не препятствует заключению соглашения о новации, что, безусловно, верно. К этому следует добавить, что это соглашение влечет ремиссионный эффект в соответствующий момент, чаще всего в момент заключения соглашения. Новация предполагает признание долга, ибо никто не новирует несуществующий долг, за некоторыми девиациями, о которых упоминалось ранее. Если новация представляет собой письменное соглашение, это влечет возобновление исковой давности (п. 2 ст. 206 ГК), поэтому новация прекращает не заданное требование, ибо срок исковой давности по нему будет возобновлен. Соответственно, в некоторых случаях, когда новация по тем или иным причинам не повлекла ремиссионный эффект, исковая давность по первоначальному обязательству исчисляется с момента заключения письменного соглашения о новации.

Новое обязательство подлежит исполнению в срок, предусмотренный соглашением о новации, а если он не предусмотрен и соглашение о новации не позволяет его

определить, то срок исполнения определяется по п. 2 ст. 314 ГК. Следовательно, срок исковой давности по новому обязательству определяется по общим правилам (ст. 200 ГК). Пленум указывает, что срок исковой давности начинает течь *заново*, что не вполне точно, так как по новому обязательству он никогда не начинал течь ранее (до новации), но в данном контексте это разъяснение не вызывает сомнений в понимании. Естественно, правила об исковой давности в отношении нового обязательства могут отличаться от правил, применявшихся к первоначальному обязательству, однако последние уже не имеют правового значения, поскольку первоначальное обязательство прекратилось.

## Прощение долга

### Комментарий

- (а) Судьба института прощения долга в последние без малого пятнадцать лет российской юриспруденции новейшего времени главным образом в практике коммерческих споров оказалась нелегкой. Некоторые связанные с этим тенденции имеют свои истоки в подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК, согласно которому не допускается дарение в отношениях между коммерческими организациями. Этот запрет не характерен для традиции европейского частного права, а его появление в нашем законе, видимо, предопределено историческим моментом. Рождение запрета произошло в конце 1995 г., а его проектирование, соответственно, и того раньше. В те времена российское законодательство не знало развитой системы защиты кредиторов несостоятельного лица в виде нюансированных специальных составов оспаривания сделок, не было эффективной защиты миноритарных участников хозяйственных обществ. Сохранение в обороте большого числа государственных организаций, правовой режим сделок которых также был весьма далек от совершенства, и ряд других аспектов, наверное, и послужили причиной появления названной нормы.

Разработчикам нового ГК в условиях перехода от одного экономического уклада к другому пришлось воспользоваться довольно грубым механизмом запрета дарения между коммерческими организациями, поскольку другого пути просто не было: рыночный ГК был действительно необходим, и как можно быстрее, а сопутствующее ему развитие другого законодательства не могло произойти так быстро. Предвидя многочисленные негативные последствия нахлынувшей стихии рыночной экономики для не готовых еще к ней советских людей, нужно было установить заградительные барьеры. Насколько надежды оправдались, теперь уже не столь важно, ибо необходимо понять сам замысел, чтобы дать ему адекватную оценку в современных реалиях изменившегося правового ландшафта. Кроме того, конечно, нельзя не увидеть всю паллиативность рассматриваемого законодательного решения, так как указанные опасения никак не устраняются, если коммерческая организация начнет одаривать граждан.

Возможно, этот запрет объясняется проще, а именно несколько упрощенным представлением о предпринимательской деятельности, которой по этому воззрению не свойственно дарение. Однако и это соображение едва ли оправдывает столь радикальную реакцию правопорядка, как запрет дарения. Можно попытаться

ся обосновать запрет дарения коммерческой организацией тем, что у нее сложно обнаружить подлинный *animus donandi*, т.е. намерение одарить, облагодетельствовать. При взгляде на субстрат юридического лица вообще и в особенности коммерческой организации через обособленное имущество, целью которого является извлечение прибыли, становится понятно, что этот субстрат просто не может сгенерировать намерение одарить: щедрость — помеха прибыли, рачительный хозяин имущество не разбазаривает, а кроме того, щедрость есть следствие чувственности, а она у имущества априори отсутствует. Поэтому всякий договор дарения коммерческой организации является лишь паталогическим отклонением от нормальности. Однако и это рассуждение, даже если оно содержит долю истины, едва ли достаточно для такого грубого решения, как запрет дарения, хотя бы потому что придется признать неспособность к дарению всякого юридического лица, что едва ли будет соотносываться с некоторыми жизненными ситуациями.

Еще одной сложностью, связанной с дарением, стала неразвитость правовых взглядов, а также избыточный позитивизм российских юристов. Это, в частности, проявлялось в том, что не сложилось должное понимание системы безвозмездных договоров. Иногда считали, что если по договору отсутствует встречное предоставление, то это непременно договор дарения (к сожалению, такие ошибочные представления не изжиты полностью до сих пор). Лишь упрощенное представление о дарении не увидит его связи с прощением долга, при котором дар, конечно, в собственность не передается, но передача дара в собственность — не единственный случай дарения.

Из легальной дефиниции дарения буквально следует, что такой договор обнимает, в частности, отношение, по которому одно лицо *освобождает* или обязуется освободить *от* имущественной *обязанности* перед собой другое лицо (п. 1 ст. 572 ГК). Согласно же прежней и действующей редакциям правила о прощении долга обязательство прекращается *освобождением* кредитором должника *от* лежащих на нем *обязанностей*. Сходство, как говорится, налицо. В связи с этим над коммерческим оборотом нависла угроза уничтожения сделок о прощении долга между коммерческими организациями, которая в действительности реализовалась достаточно широко (в том числе по причине всей мощи нездорового фискального интереса налоговых инспекторов). Прощение долга между коммерческими организациями квалифицировалось как договор дарения, который и признавался ничтожным как противоречащий запрету дарения, ясным образом установленному в подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК.

Коммерческому обороту было понятно, что это неверно, но ведь надо было как-то обосновать неприменение данного запрета. Как это часто бывает, для благих целей было избрано негодное средство — все тот же позитивизм, помноженный на непонимание принципов гражданского права. Прозорливый взгляд позитивиста на контрасте с отступным и новацией, которые по букве закона являются договорами, усмотрел в выражении ст. 415 ГК об *освобождении* должника от обязанностей черты односторонней сделки. Ведь сказано же об освобождении, т.е. об односторонней воле кредитора, которой и достаточно. Таким нехитрым способом и пытались спасти прощение долга от уничтожения. Поскольку дарение уж точно договор, а прощение долга — односторонняя сделка, то запрет дарения не может относиться к прощению долга, договором не являющимся.

Арбитражной практике пришлось потом разбираться с этими причудливыми юридическими дивергенциями, чтобы прийти к простому суждению: прощение долга — это договор, ибо нельзя игнорировать волю должника, но не всякое прощение долга — дарение, поскольку для такого вывода нужен *animus donandi*, т.е. намерение одарить<sup>63</sup>. Но далее ситуация усложнилась, так как новый п. 2 ст. 415 ГК РФ предусматривает, что обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если должник в разумный срок не направит кредитору возражения против прощения долга. Здесь опять можно усмотреть в указанном уведомлении одностороннюю сделку. Не самая удачная реформа прощения долга грозила отправить всех на новый круг рассуждений об односторонней сделке прощения долга, но Пленум спас нас от этого болезненного *déjà vu*, что, пожалуй, и есть самое концептуальное в постановлении в части прощения долга (см. п. 34).

- (б) Разъяснения, посвященные новации, затрагивают вопросы, связанные с влиянием новации на обязательство другой стороны, которые новацией не прекращаются (неновируемые обязательства). В прощении долга на первый взгляд нет оснований для рассуждений такого рода. Но так ли это? Предположим, что денежный долг по договору купли-продажи прощен с намерением одарить другую сторону. Но ведь тогда предоставление продавца по договору купли-продажи оказывается даром. Получается некоторое удвоение: само прощение долга есть договор дарения, но и обязательство другой стороны по передаче вещи в собственность, будь оно уже исполнено к моменту прощения долга или еще нет, следует квалифицировать как дар. Иначе получится, что вещь в результате получена безвозмездно и от лица, обнаружившего впоследствии *animus donandi*, а отвечать оно будет как продавец, например за качество или за эвикцию. Последнее кажется несправедливым по отношению к бывшему продавцу. Избежать удвоения можно было бы, признав, что прощение долга также влечет изменение договора купли-продажи — он становится дарением. Если же, скажем, прощается заемный долг, то изменяется договор займа, который становится договором дарения. Но тогда получается, что легальное определение дарения не вполне точно, поскольку им оказывается не соглашение об освобождении имущественной обязанности, а измененный договор.

Дальше остается понять, что же будет с прощением долга из договора обещания дарения. Здесь, видимо, придется признать дарением само соглашение о прощении долга, а удвоение не случится, поскольку обязательство одарить прекратилось. Но избежав удвоения, можно столкнуться с другим затруднением. Объекты дарения различны, и это может иметь значение, скажем, при прощении долга: в отношении цены проданного товара едва ли возникнет вопрос об ответственности за вред, причиненный даром, а в отношении проданного товара, превратившегося в дар, такой вопрос может возникнуть и объяснить это возможно, только прибегнув к удвоению, т.е. к обнаружению двух договоров дарения — в отношении требования оплаты и в отношении товара. Возможно, Пленум не коснулся этого вопроса, поскольку ему неизвестны такие случаи на практике, но рано или поздно они

<sup>63</sup> Отношения кредитора и должника по прощению долга можно квалифицировать как дарение, только если судом будет установлено намерение кредитора освободить должника от обязанности по уплате долга в качестве дара. В таком случае прощение долга должно подчиняться запретам, установленным ст. 575 ГК РФ, п. 4 которой не допускается дарение в отношениях между коммерческими организациями (п. 3 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 104; далее — письмо № 104).

возникнут, даже если их пока не сыскали. Парадокс удвоения дарения, конечно, требует более глубокого осмысления, а складывающиеся в описанной ситуации имущественные отношения, возможно, могут быть описаны иным образом.

- (в) Если обратиться к прощению долга, основанием которого не является дарение, и взять этот договор сам по себе (не учитывая особенностей его заключения или сомнительных ограничений), то обоснованно будет поставить теоретический вопрос в необходимости такого положения в позитивном праве. Иными словами, зачем может понадобиться норма закона о том, что стороны обязательства могут договориться о прощении долга? Если оставить поиски исторических причин в стороне и обратиться к современным представлениям о гражданском праве вообще и о договорном праве в частности, кажется, что такая норма просто не нужна. Она могла бы понадобиться для общества, которому недостает чувства внутренней свободы, поэтому всякий раз требуется санкция закона, чтобы удостоверить правовую возможность по распоряжению своими правами. Поэтому позитивное установление допустимости договорного прощения долга является анахронизмом, который мог бы иметь смысл, если бы прощение долга было односторонней сделкой, однако это воззрение обоснованно отвергнуто. Типизация договорной конструкции в кодификации имеет смысл, если она влечет более или менее развернутое установление диспозитивных и необходимых императивных норм для данного отношения, чтобы охватить молчание договора в отношении эмпирически обнаруженных сценариев развития обязательственного отношения. Но ничего такого в нашем прощении долга мы не наблюдаем. Закон лишь указывает, что такой договор возможен, и с недавнего времени устанавливает весьма сомнительный способ его заключения.
- (г) Классическое воззрение на прощение долга сводится к квалификации этой сделки в качестве распорядительной, совершаемой в рамках реализации каузы того или иного договора, которым может быть как дарение, так и другой договор. Кредитор распоряжается своим правом требования, но не односторонней волей, а по соглашению с должником, отчего сделка не перестает быть распорядительной. Точно так же и в цессии: кредитор уступает свое право цессионарию, и это распорядительная двусторонняя сделка, а вот подарено требование или, например, продано, можно установить из договора, формирующего правовое основание уступки.

Прощение долга как распорядительная сделка может иметь в своей основе различные договоры, формирующие правовое основание прощения: дарение; безвозмездный договор, не являющийся дарением (например, прощение материнской компанией долга дочернего общества); синаллагматический, своеобразный меновый договор (например, прощение долга в обмен на согласие пролонгировать истекающий договор аренды). Пленум и этот комментарий вслед за ним оперирует понятием «прощение долга» то в значении договора, формирующего каузу прощения долга, то в значении самой распорядительной сделки прощения, что, обычно, ясно по контексту. Это необходимо учитывать, поскольку иначе постановка вопроса о том, является ли прощение долга дарением, не имела бы смысла. Распорядительные сделки в принципе не могут рассматриваться как возмездные или безвозмездные, ибо это то же самое, что рассуждать, является ли зеленое квадратным или круглым. Когда говорится о том, что прощение долга «является» дарением, это означает, что оно совершено на основании договора дарения, с которым рас-

порядительная сделка может сливаться во времени, что чаще всего и бывает, но в более сложных отношениях они могут и не совпасть во времени. Иными словами, необходимо учитывать, что выражение о том, что прощение долга в соответствующих случаях является дарением, следует воспринимать всего лишь как лексическое упрощение.

**30. Обязательство может быть прекращено прощением долга — освобождением кредитором должника от лежащих на нем имущественных обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора (пункт 1 статьи 415 ГК РФ).**

**Для прощения долга не имеют значения наступление срока или условия для исполнения обязательства.**

### **Комментарий**

- (а) Как и в других основаниях прекращения обязательств, при прощении долга речь идет об обязательстве в узком смысле. Именно в таком значении следует понимать термин «обязательство», использованный и в законе, и в данном разъяснении.

В комментируемом пункте, по существу, имеется два разъяснения: 1) допустимость прощения непросроченного долга; 2) допустимость прощения долга до наступления условия. Оба очевидные и оба опять акцентируют внимание на правовой возможности заключения договора при названных обязательствах. Стало быть, кто-то думал иначе. Отсутствие перфекции по обязательству (ненаступление срока или условия, необходимого предшествующего предоставления по синалагматическому договору и т.п.) — не преграда для прощения долга. Об особенностях уменьшения на будущее процентной ставки на сумму займа см. комментарий к следующему пункту.

В отношении других договорных оснований прекращения обязательств Пленум заострил внимание на возможности прекращения обязательства до просрочки его исполнения только в отношении отступного (п. 2 постановления). Создается впечатление, что задача обобщения не стояла, а разъяснения, видимо, формулировались в ответ на практику. По тем основаниям прекращения обязательств, по которым вопросы возникали, формулировался ответ. В связи с этим уместно добавить, что любое совершаемое на основании договора прекращение обязательства, будь то поименованное или непоименованное, пригодно для прекращения обязательств, находящихся на любой стадии своего развития (вплоть до нахождения в состоянии ожидания наступления отлагательного условия), если это не запрещено законом. Поэтому умолчание Пленума относительно допустимости новации непросроченного обязательства, равно как о допустимости предоставления отступного по обусловленному обязательству или новации такового, не означает невозможность договорной ремиссии. Она допускается в силу принципа свободы договора, ибо стороны являются хозяевами своего обязательства и по

соглашению могут определять их юридическую судьбу, в том числе прекратить прощением долга, включая и те случаи, когда требование по нему не созрело.

- (б) Названные модусы для исполнения по обязательству (срок, условие и т.п.) для прощения долга как раз не представляют особой сложности. Было бы полезнее проиллюстрировать указанную в ст. 415 ГК РФ блокирующую оговорку, согласно которой прощение долга не допускается, если это нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора. Здесь уместно опять прибегнуть к историческому методу. Дело в том, что названная оговорка с момента своего изначального появления в 1995 г. не претерпела никаких изменений. Есть основания полагать, что она имеет в своем основании те же соображения, которые породили запрет дарения между коммерческими организациями (см. выше комментарий к разделу постановления о прощении долга). Более того, эта идея в тексте положения закона даже более выражена, так как в норме имеется указание на права иных лиц. Ясно, что в условиях более развитого законодательства (о несостоятельности, корпоративного и др.) блокирующая оговорка в значительной степени утрачивает свое практическое значение. При оценке сделки о прощении долга прежде всего подлежит применению специальное законодательство (*lex specialis derogat generali*) и лишь в оставшихся случаях (если таковые обнаружатся) можно будет рассматривать вопрос юридической судьбы договора прощения долга, если он нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора. Под указанным имуществом следует, конечно, понимать требование кредитора, которое составляет его имущество и которое умаляется вследствие прощения долга.
- (в) Определенный интерес может представлять прощение будущего долга. Нет ни теоретических, ни политико-правовых причин запрещать такой договор. У сторон могут возникнуть такие же затруднения, которые возникают в сделках относительно будущих обязательственных прав, — необходима индивидуализация предмета договора, т.е. долга или долгов, которые возникнут в будущем, но эти затруднения вполне преодолимы. Договор может определять, при каких условиях или в какой срок после возникновения долг прекращается. Если таковых условий соглашение о прощении долга не содержит, соответствующий долг прекращается сразу же по возникновению. При этом надо обратить внимание на то, что допущение прощения будущих долгов не должно быть безлимитным, чтобы не допустить обхода императивных норм, сдерживающих свободу сторон в ограничении или исключении договорной ответственности. Например, нельзя добиться ремиссии при прощении такого будущего долга, который представляет собой ответственность за умышленное нарушение обязательства (п. 4 ст. 401 ГК) или уплату будущей судебной неустойки. Также невозможно заключение соглашения о прощении будущего долга по уплате законной неустойки. То же касается и прощения будущего долга по возмещению убытков, возникших у потребителя в связи с нарушением потребительского договора (ст. 400 ГК РФ).

Также нет никаких препятствий для прощения заданного долга.

Прощению подлежат и долги, возникшие из правоохранительного обязательства (неустойка, убытки, охранительные проценты), по дополнительным требованиям (регулятивные проценты, возмещение потерь), не только полностью, но и в определенной части.

Для прощения долга также не имеет значения основание возникновения долга (договор или иная сделка, кондикция, деликт, реституция и т.д.), если только законом не установлен или из него не выводится запрет на прощение долга.

Доступна прощению долга и такая своеобразная обязанность должника, которая возникает из отрицательного обязательства (*non facere*).

- (г) В контексте разъяснения в отношении возможности прощения долга, поставленного под условие, следует заметить, что не вполне ясно, о каком именно условии идет речь, хотя, коль скоро упоминается *условие для исполнения обязательства*, скорее всего, имеется в виду обусловленное обязательство (ст. 327.1 ГК). Однако под условие может быть поставлено не только исполнение того или иного обязательства, но и сделка в целом (ст. 157 ГК). Возможно ли простить долг, возникающий из такой сделки? Нет никаких препятствий для прекращения обязательства, вытекающего из условной сделки, в том числе до наступления условия. Имеющаяся в доктрине дискуссия о том, являются ли права и обязанности по сделке с отлагательным условием уже возникшими или до наступления условия они не возникают, а стороны находятся лишь в особом состоянии юридической связанности (состояние ожидания наступления условия), не имея еще на этом этапе обязательственных прав и обязанностей, препятствий для прекращения действия этой сделки не создает. Конечно, возможно, сторонам было бы удобнее воспользоваться таким основанием прекращения юридической связи, как расторжение договора, но отвергнуть ремиссионный эффект соглашения, названного сторонами прощением долга, было бы избыточным формализмом.

Кстати сказать, слово «простить» восходит своими корнями к слову, означающему, в частности, «позволить стать прямым, разогнуться, сделаться свободным от бремени, которое и делает непрощенного согбенным» (может, отсюда подспудно и проистекает ошибочное понимание прощения долга как односторонней сделки). Если из договора о прощении долга следует воля сторон на прекращение действия всей сделки, ее следует считать прекращенной. При этом данная правовая связь прекращается по условиям соглашения, а при их отсутствии — в момент, когда оно считается заключенным. Иными словами, нет необходимости дожидаться возникновения долга по наступлении отлагательного условия, чтобы в тот же момент считать его прекратившимся. В этом аспекте можно усмотреть различие между прощением условного долга, когда обязательство прекращается до наступления отлагательного условия, и прощением будущего долга, когда обязательство прекратится только после возникновения этого будущего долга. Это разграничение может обнаружить практическое значение при несостоятельности.

- (д) Само соглашение о прощении долга также может быть условной сделкой, хотя здесь, видимо, доступно только отлагательное, но не отменительное условие. Этот вопрос, однако, требует обстоятельного обоснования, которое в данном предварительном комментарии не приводится. Здесь же следует пока обратить внимание на прощение долга при условии совершения некоторого предоставления со стороны должника.

Допустимость синаллагматического характера прощения долга иногда ставят под сомнение. Если же такое соглашение считать возможным, нужно рассмотреть



его с точки зрения характеристики соглашения (является ли оно синаллагматическим или условным). Этот вопрос может оказаться весьма важным практически. Допустим, стороны договорились, что кредитор прощает долг при условии, что должник осуществит некоторое оговоренное предоставление в определенный срок. Что перед нами: синаллагма, т.е. сделка, совершаемая в обмен на исполнение другой стороной, или прощение долга под потестативным условием на стороне должника?

Предположим, что должник предоставление осуществил, но с просрочкой. Если соглашение о прощении долга считать условной сделкой, то условие не наступило в обусловленный срок, а потому ремиссия не состоялась. Должник и предоставления лишился, передав его кредитору, и от долга не освободился. Кажется, получился неудовлетворительный результат, поскольку принципу справедливости он явно не соответствует, даже если обнаружить здесь защиту должника по кондикции. Если же считать обязательство синаллагматическим, то прекращение долга произошло, но должник может быть привлечен к ответственности за свою просрочку. Этот исход принципу справедливости не противоречит. В связи с этим сторонам соглашения следует избегать таких его положений, которые могли бы провоцировать его квалификацию в качестве условной сделки, и наоборот, отражать синаллагматический, т.е. меновой, характер прощения долга, если это отвечает их намерениям. Например, можно предусмотреть, что долг прощается в обмен на определенное предоставление или за согласованную цену. Вместе с тем если интересам сторон условное прощение долга соответствует, то нет препятствий и для такого соглашения. Иными словами, здесь не стоит вопрос о выборе той или иной модели как данности для всякого прощения долга, речь идет о выявлении воли сторон на прощение долга под условием или на прощение долга в обмен на предоставление.

В комментируемом разъяснении для срока и условия Пленум использует выражение *«не имеют значения»* в том контексте, что срок и условие не являются правовыми препятствиями для прощения долга. Тем не менее просрочка должника при прощении долга важна в том смысле, что требует определить судьбу дополнительных требований, возникших в связи с просрочкой, при молчании на этот счет договора. Этот вопрос затрагивается в п. 32 постановления.

**31. Прощение долга не свидетельствует о заключении договора дарения, если совершается кредитором в отсутствие намерения одарить должника. Об отсутствии такого намерения могут свидетельствовать, в частности, взаимосвязь между прощением долга и получением кредитором имущественной выгоды по какому-либо обязательству (например, признанием долга, отсрочкой платежа по другому обязательству, досудебным погашением спорного долга в непросщенной части и т.п.), достижение кредитором иного экономического интереса, прямо не связанного с прощением долга, и т.п.**

Отношения кредитора и должника по прощению долга квалифицируются судом как дарение только в том случае, если будет установлено намерение кредитора освободить должника от обязанности по уплате долга в качестве дара (пункт 3 статьи 423 ГК РФ). В таком случае прощение долга должно подчиняться запретам, установленным статьей 575 ГК РФ, пун-

**ктом 4 которой, в частности, не допускается дарение в отношениях между коммерческими организациями.**

**Уменьшение на будущее процентной ставки на сумму займа само по себе прощением долга не является.**

## **Комментарий**

- (а) Как уже указывалось выше, пятнадцать лет назад в практике арбитражных судов пришлось разъяснять, что прощение долга может быть квалифицировано в качестве договора дарения только при наличии намерения кредитора одарить должника (*animus donandi*). Гражданский оборот в значительной части основан на удовлетворении его участниками своих имущественных потребностей, поэтому вступление в сделку в подавляющем числе случаев предопределено стремлением к получению какой-то выгоды. Разъяснение Пленума как раз и начинается с ограничения прощения долга от дарения, а его подходы подтверждают и развивают ранее сформулированные в арбитражной практике правовые позиции.

Для ограничиваемых от дарения договоров важным является не только отсутствие встречного предоставления, но также и отсутствие намерения в получении имущественной выгоды от сделки, прямой или косвенной. Конечно, тут мы вступаем на тонкий лед выявления самого намерения как внутреннего стремления человека. Точные науки не могут пока предоставить нам средства, с абсолютной верностью определяющие намерения людей, вступающих в договоры без явного встречного предоставления, к каковым относится дарение. Более того, само дарение ведь нередко идет, что называется, не от чистого сердца, а с задней мыслью получить выгоду от одаряемого, пусть и не по этому договору непосредственно. Дарение с надеждой на ответную реакцию одаряемого к выгоде дарителя известно человечеству исстари и никуда не исчезло, несмотря на видимое увеличение масштаба альтруизма в современном обществе.

Разъяснение Пленума в отношении намерения кредитора сформулировано в отрицательном ключе и для данного контекста корректно, ибо для того, чтобы отказать прощению долга в качестве реализации каузы дарения, достаточно отсутствия такого намерения у кредитора. Но инверсия этой мысли в позитивное русло потребует обнаружения намерения и одаряемого, поскольку для того, чтобы договор дарения состоялся, нужно обоюдное намерение. Если кредитор имеет намерение одарить, но другая сторона дар принимать не желает, то никакого договора дарения получиться не может, а потому ремиссия не состоится ни как дарение, ни как прощение долга, договором дарения не являющееся. Напротив, отнесение прощения долга (например, между обывателями) к дарению означает распространение на него всей совокупности регулирования, установленного для данного типа договора. Последнее, например, может повлечь в соответствующих случаях отмену дарения и восстановление прощенного долга (ст. 578 ГК).

- (б) Использование в разъяснении оборота «*прощение долга... совершается кредитом...*» не должно вводить в заблуждение, так как долг прощается, а обязательство прекращается на основании договора, а не одних только действий или волеизъ-

явления кредитора, о чем было сказано выше и еще будет сказано ниже (см. п. 34 постановления и комментарий к нему). То, что действительно может совершаться кредитором, — это его оферта должнику или его акцепт на оферту должника.

Пленум приводит две каузы, когда при прощении долга отсутствует намерение одарить.

Первый тип каузы прощения долга — это случаи, когда имеется взаимосвязь между прощением долга и получением кредитором имущественной выгоды по какому-либо обязательству, что может проявляться, в частности, в признании долга, отсрочке платежа по другому обязательству, досудебном погашении спорного долга в непрощенной части и т.п.

На практике может возникать вопрос о выявлении упомянутой взаимосвязи. При строго формализованном подходе она может быть тем или иным образом обозначена в самом соглашении о признании долга, что с практической точки зрения является разумной договорной техникой, поскольку уменьшает риски, связанные с доказыванием этого обстоятельства, и вероятность квалификации соглашения в качестве дарения. Более того, в подобающих случаях прощение долга может быть поставлено под условие совершения должником соответствующих действий, например прерывающее или возобновляющее исковую давность признание долга в непрощенной части. Однако контекст данного разъяснения дает основания полагать, что взаимосвязь может быть и неформализованной, когда в самом соглашении о прощении долга она не просматривается, но согласованность действий свидетельствует о ее наличии. Например, стороны в один день заключают два соглашения, по одному из которых прощается долг, а по другому кредитор, являясь уже должником того же контрагента, получает отсрочку платежа. Это более рискованная договорная техника, поскольку требует доказать наличие связи между данными обстоятельствами.

Пленум указывает на получение кредитором имущественной выгоды от прощения долга, которая опровергает дарение. Понятие «*имущественная выгода*» в ГК не используется и, соответственно, не раскрывается. Это понятие можно определить как приобретение или сбережение имущества за счет другого лица, т.е. отождествить его с дефиницией, используемой для неосновательного обогащения (п. 1 ст. 1102 ГК). Но тогда в него не будут включены некоторые случаи, приведенные в разъяснении, например признание долга. Это показательно, ведь при признании долга, в котором кредитор может быть весьма заинтересован (скажем, в контексте прерывания или возобновления давности), он тем не менее никакое чужое имущество не приобретает и свое не сберегает. Последнее еще можно было бы, пусть и с некоторой натяжкой, обосновать для случая признания долга, влекущего возобновление исковой давности, ибо объективная ценность заданного и незаданного требований с очевидностью отличается, а потому можно считать, что кредитор за счет признания долга увеличивает объем своего имущества. Но кредитор может быть заинтересован получить признание долга и в тех случаях, когда его требование не заданно, но ему сопутствует слабая доказательственная база, что увеличивает риски отказа в иске, или налицо угроза скорого истечения давности. Уменьшение риска — вполне себе рациональный интерес и, безусловно, выгода, но едва ли ее можно назвать имущественной выгодой в смысле приобретения

имущества. Если у должника имеется какой-нибудь долг перед кредитором, то его признание не увеличивает объем имущества кредитора, ведь и до признания долга право требования его погашения входило в состав имущества кредитора.

Отсюда можно заключить, что применение рассматриваемого понятия является не самым удачным приемом. Дело в том, что заключение сделки в расчете на получение встречной выгоды, необязательно имущественной, но хотя бы связанной с имуществом, следует считать достаточным обстоятельством, чтобы отказать этой сделке в признании за ней каузы дарения. Некоторые случаи уменьшения рисков, повышения шансов, устранения беспокойства, сохранения репутации и подобные неимущественные выгоды, которые получаются в обмен на прощение долга, говорят о том, что у кредитора не было намерения облагодетельствовать должника, это не душевный порыв с его стороны, не благотворительность. Поэтому верной будет самая широкая интерпретация понятия «имущественная выгода», что подтверждается и самим текстом разъяснения, примеры в котором выходят за пределы буквального толкования.

Пленум оперирует еще одним термином, а именно «получение кредитором имущественной выгоды *по какому-либо обязательству*». Примечательно, что такое выражение достаточно широко, чтобы включить в себя различные случаи получения кредитором выгоды не только напрямую, но и косвенно. Вместе с тем, наверное, можно помыслить себе случаи, когда выгода будет получена не по обязательству, а, например, в корпоративном или вещном отношении.

Признание долга может быть встречным предоставлением, осуществляемым в обмен на прощение долга, независимо от того, по какому обязательству перед кредитором оно заявлено. Например, при прощении долга в части признание может относиться к этому обязательству, а интерес кредитора заключаться в укреплении его позиции в оставшейся части притязания. Но оно может относиться и к другому обязательству должника перед этим кредитором. Более того, оно может относиться и к признанию долга перед другим кредитором. Например, материнская компания прощает долг при условии признания долга перед дочерней компанией. Ясно, что материнская компания здесь получает косвенную выгоду за счет повышения шансов на приращение имущества дочерней компании, что увеличивает ценность долей участия в ее капитале у материнской компании.

Отсрочка платежа, по существу, означает коммерческий кредит, который может рассматриваться как имущественная выгода. Наряду с отсрочкой платежа по другому обязательству кредитор может простить долг и за предоставление ему отсрочки по другому обязательству.

Досудебным погашением спорного долга в непопущенной части также не следует ограничиваться, ибо прощение долга возможно и на стадии судебного разбирательства. Другое дело, что его следует облечь в процессуальную форму мирового соглашения, чтобы остановить взыскание в части прощенного долга. Но именно в этой форме — мировой сделки (причем как судебной, так и внесудебной) существуют соглашения, которым характерны взаимные уступки, лишь по видимости похожие на безвозмездное прощение долга, а на самом деле они представляют собой предмет торга, где учитываются и степень спорности, и результат состязательности, и шансы на реальность исполнения, и издержки принудительного испол-

нения возможного решения. Отыскивать там математически точный эквивалент встречного предоставления за прощение долга — дело не только тщетное, но и ошибочное.

- (в) Вторым типом каузы прощения долга может являться достижение кредитором иного экономического интереса, прямо не связанного с прощением долга. Здесь обращает на себя внимание использование термина «*иной экономической интерес*», который, как представляется, может смягчить более ригоричное понятие «имущественная выгода», неудачность в использовании которого обоснована выше. В отличие от первого вида каузы прощения долга, к этому виду примеров в разъяснении не приводится. На самом деле экономический интерес — это та же выгода, но в более широких рамках, поэтому более ценным является упоминание отсутствия необходимости *прямой связи* этого интереса с прощением долга.

Действительно, прощение долга может быть встроено в систему целого ряда отношений, особенно в коммерческой сфере, таким образом, что оно будет лишь одним элементом множества взаимодействий сторон, которые позволят проследить наличие выгоды, но лишь косвенно. Иными словами, выгода далеко не всегда становится непосредственным следствием сделки по прощению долга, а проявляется к пользе кредитора опосредованно. Иллюстрацией косвенного экономического интереса может служить круговой взаимозачет. Это отношение характерно для кризисных явлений, влекущих, например, дефицит ликвидности. Несколько так или иначе связанных общим экономическим процессом хозяйственных субъектов заключают многостороннее соглашение, которое предусматривает совершение его участниками различных взаимообусловленных действий и сделок. Один уступает право требования другому, последний прощает долг третьему, этот третий поставляет товар четвертому и т.д. Цепочка таких действий замыкается таким образом, что каждый получает то или иное удовлетворение своих интересов, приобретая некоторое благо или освобождаясь от определенного бремени. Иными словами, экономический интерес может быть отдален по юридической связи от прощения долга, в том числе отдален по времени.

Впрочем, возможен иной взгляд на разграничение первого и второго типов каузы. Можно принять во внимание, что по первому типу каузы кредитор получает некоторое предоставление за прощение долга, а по второму типу его выгода не является предоставлением. Но как бы ни сортировать свидетельствующие об отсутствии намерения одарить элементы по типам каузы, отнесение выявленного намерения к любому из названных типов означает отсутствие дарения.

Ранее в арбитражной практике в квалификации прощения долга в качестве дарения отказывали в таких случаях, как прощение регулятивных процентов и неустойки при немедленном возврате суммы займа<sup>64</sup>; взаимное прощение долгов, хотя бы и неравноценных<sup>65</sup>; прощение части долга при условии соблюдения графика погашения оставшейся части долга<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> См.: п. 3 письма № 104.

<sup>65</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 19.12.2006 № 11659/06.

<sup>66</sup> См.: определение СКЭС ВС РФ от 27.12.2016 № 305-ЭС16-12298.

- (г) Иногда считают, что прощение долга относится к таким договорам, в которых возмездность всегда отсутствует. Однако дело заключается в том, что прощение долга — распорядительный договор, поэтому категория возмездности в нем в принципе не может быть обнаружена. На практике не так широко распространены случаи прощения долга в рамках реализации синаллагматической каузы в таком ее варианте, когда стороны буквально предусматривают, что в обмен на прощение долга должник платит деньги, передает некое имущество, оказывает услуги или выполняет работы. Обычно все же речь идет о некоем менее стандартном встречном предоставлении (например, признании другой части долга, согласии пролонгировать срок договора и т.п.). Но вариант с классическим имущественным встречным предоставлением также нельзя исключать. Если стороны договорились, что одна из них прощает другой стороне, скажем, долг по оказанию услуг, обеспечению того или иного результата, передаче документации и т.п., а другая в обмен обязуется уплатить или выплачивает некоторую сумму, то такой договор действителен. Другое дело, что может возникнуть вопрос о квалификации этого договора: является ли он возмездным прощением долга, новацией обязательства оказания услуг в денежное обязательство или отступным по обязательству оказания услуг?
- (д) Если первый абзац комментируемого пункта сформулирован по поводу соотношения прощения долга и дарения в негативном ключе, т.е. иллюстрирует случаи, когда прощение долга дарением не является, то второй абзац, наоборот, ориентирует на позитивный аспект. Если намерение одарить установлено, то это договор дарения. Данное разъяснение важно в том смысле, что Пленум совершенно обоснованно придает решающее значение в квалификации договора не отсутствию встречного предоставления, а намерению одарить (*animus donandi*). В то же время Пленум ссылается на п. 3 ст. 423 ГК, согласно которому договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное.

Как было показано выше и как считает сам Пленум, отсутствие дарения следует констатировать не только тогда, когда имеется встречное предоставление за прощение долга, но и при получении всякой иной выгоды, в том числе не в рамках данного договора и не за счет должника, а косвенно. Поэтому ссылка на указанную норму после всего сказанного в первом абзаце выглядит не вполне ясной. Видимо, это является следствием почти механической трансляции текста правовой позиции арбитражной практики в разъяснение Пленума. Всякое дарение является безвозмездным договором, но не всякий безвозмездный договор является дарением. В этой области уместно усмотреть такую триаду: 1) возмездный договор; 2) непоименованный безвозмездный договор без намерения одарить; 3) дарение. Верной методологией может выступать применение двухэтапного теста: 1) если имеется встречное предоставление, то договор не может быть дарением; 2) если в безвозмездном договоре отсутствует намерение одарить, то договор не может быть дарением.

Конечно, в подходящих случаях проще обнаружить встречное предоставление, нежели выяснять намерение стороны, но поскольку в прощении долга зачастую отсутствует явно выраженное встречное предоставление в виде одного из объектов гражданского права (ст. 128 ГК), то второй этап теста часто необходим. Важно усвоить, что не всякое безвозмездное соглашение о прощении долга является дарением.

Для дарения должен быть доказан *animus donandi*. Ссылку на п. 3 ст. 423 ГК не следует воспринимать как презумпцию возмездности прощения долга, как это было сделано в арбитражной практике. Эта методология для прощения долга непригодна, здесь нет вопроса презумпции возмездности, при опровержении которой дарение доказано. Согласно п. 3 ст. 423 ГК договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Это положение самым тесным образом связано с п. 3 ст. 424 ГК, который предусматривает, что в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Данное регулирование означает, что если между сторонами заключен договор, по которому одна сторона осуществляет в пользу другой стороны некоторое предоставление, а обязанность другой стороны не определена, то презумпция возмездности налагает на последнюю обязательство оплатить полученное предоставление (товар, работы, услуги, иное благо) по рыночной цене. Вот для чего здесь нужна презумпция возмездности. Но такая логика совершенно немыслима по отношению к соглашению о прощении долга, поскольку это означало бы, что, получив благо в виде прощения долга, должник обязан оплатить его по рыночной цене, т.е. уплатить прощенный долг. Результат, очевидно, абсурдный.

- (е) Вслед за арбитражной практикой в разъяснении указывается, что суд квалифицирует прощение долга в качестве дарения, если установлено намерение кредитора одарить должника. Здесь важным может оказаться вопрос о бремени доказывания, который явным образом разъяснением не затрагивается. На первый взгляд тот, кто утверждает о том, что прощение долга является дарением, и несет бремя доказывания этого обстоятельства, т.е. несет *onus probandi animus donandi*. Вынести бремя доказывания наличия намерения одарить — дело далеко не всегда легкое. Как уже указывалось, презумпция возмездности договора — далеко не лучшее решение этого вопроса. Ведь тогда получится, что всякое соглашение, по которому выгоду получает только одна сторона, т.е. оно выглядит как раз безвозмездным, окажется возмездным, если только не будут приведены какие-то еще доказательства в опровержение этой презумпции.

Какие доказательства должны быть приведены лицом, утверждающим, что договор является дарением, если он предусматривает получение некоторого блага одной стороной без получения встречного предоставления и ничто не указывает на его возмездность? Кажется, что на первом этапе такому лицу достаточно доказать, что согласно условиям договора встречное предоставление не предусмотрено. Другая сторона спора может привести доказательства того, что, несмотря на отсутствие встречного предоставления, у соответствующего лица не было намерения одарить, а оно преследовало получение некоторой выгоды. В противном случае даритель, передавший, скажем, вещь, в собственность и не имеющий никаких доказательств своих благородных намерений, окажется ответственным за качество и эвикцию, а одаряемый по п. 3 ст. 424 ГК окажется обязанным уплатить рыночную цену.

- (ж) Выражение «*уплата долга*», которое также заимствовано из соответствующей правовой позиции в арбитражной практике, где казус был связан с прощением именно денежных долгов, не следует воспринимать буквально. Уплатить можно,

строго говоря, только деньги или денежные средства, тогда как простить можно любой долг, как по денежному обязательству, так и по неденежному. Выхваченные из казуса термины в абстрактном разъяснении выглядят зауженными, но именно понимание того, что текст является заимствованием, дает основания полагать, что намерения ограничиться только денежными обязательствами в действительности не было.

- (з) Видимо, ориентируясь на актуальную судебную практику, Пленум акцентирует внимание судей на том, что если прощение долга признано дарением, то оно подчиняется соответствующим *запретам* дарения, в частности установленному подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК (в тексте допущена очевидная опечатка в виде ссылки к п. 4, отсутствующему в данной статье). Конечно, квалифицированный в качестве дарения договор прощения долга подчиняется не только правилам запрещения дарения ст. 575 ГК, но всем релевантным положениям главы 32 ГК.
- (и) Третьим абзацем разъяснения затрагивается частный случай уменьшения на будущее процентной ставки на сумму займа, которое само по себе не признается прощением долга. Видимо, Пленум исходит из того, что пока займом не воспользовались, нет и долга. Это представление, думается, надо воспринимать с учетом некоторых нюансов, которые могут возбудить сомнение в таком воззрении. Дело в том, что наличие согласованной процентной ставки означает, что обязательство заемщиком уже на себя принято, но оно еще не имеет перфекции, не созрело. Более того, это обязательство и вовсе может никогда не созреть, например если заем будет возвращен досрочно, причем неважно, добровольно или принудительно. Однако это вовсе не означает, что такое обязательство нельзя прекратить соглашением сторон, в том числе в части, что и означает уменьшение процентной ставки.

Конечно, логически можно провести дифференциацию между прекращением просроченных, созревших, несозревших и будущих обязательств, установив при этом, что прощением долга являются только первые два случая. Действительно, чисто семантически термин «долг» воспринимается как нечто уже причитающееся кредитору, но едва ли лингвистика тут должна иметь определяющее значение. Более того, в п. 30 постановления прямо указано, что для прощения долга не имеет значения наступление срока для исполнения обязательства. Но будущие процентные периоды можно рассматривать как обязательства с еще не наступившим сроком исполнения. В этом аспекте усматривается противоречие между двумя разъяснениями. Если обратиться к тексту ГК, то несложно найти случаи, когда под долгом понимается в том числе и несозревшее обязательство. Например, согласно ст. 355 ГК с переводом на другое лицо долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекращается, если иное не предусмотрено соглашением между кредитором и залогодателем. Залогодатель, наверное, сильно бы удивился, если бы узнал, что при переводе долга за будущие процентные периоды залог его имущества не прекратится, поскольку это еще не долг.

Этот подход приводит к тому, что прекращение обязательства может происходить двумя способами — прощением долга и освобождением от обязанности (в данном случае в части), которая прощением долга не является. Что дает выведение прощения несозревших и будущих долгов в область непоименованных оснований



прекращения обязательств? Возможно, за этим есть какая-то практическая потребность, но в разъяснении она не раскрыта. Между тем важно разъяснить это судьям, ведь, отказав уменьшению процентной ставки на будущее в квалификации в качестве прощения долга, надо бы сделать еще один шаг, установив, что из этого проистекает некоторое следствие.

Ясно, что уменьшить размер процентной ставки по займу, вкладу, размеру аренды за будущие периоды, размер еще не уплаченной покупной цены за неполученный товар, размер платы за еще не сделанную работу или не оказанную услугу, одним словом, размер любого будущего предоставления по несозревшему требованию, по соглашению сторон возможно. Также ясно, что последствием этого является прекращение обязанности должника в соответствующей части. Это будет просто соглашение об изменении обязательства. Неясно другое: почему для прощения долга молчаливый акцепт пригоден, а для уменьшения будущего долга этот способ заключения договора не годится? Ведь если последнее — не прощение долга, то п. 2 ст. 415 ГК к такому случаю применен быть не может. Еще больше тумана наводит употребление заветного выражения *«само по себе»*. Что же получается? При каких-то обстоятельствах уменьшение процентной ставки может все-таки оказаться прощением долга, но при каких — нам не говорят; наверное, готовят сюрприз. Остается надеяться, что он будет приятным, а не таким, какой достался упомянутому выше залогодателю.

Кроме того, здесь можно обнаружить некоторые нюансы при усложнении содержания договора об уменьшении процентной ставки и подобных договоров. Допустим, соглашение об уменьшении процентной ставки за будущие периоды (все или некоторые) достигнуто на условиях получения от должника некоторой выгоды по другому обязательству или иным образом. Структура отношения может измениться, ибо процентная ставка применяется в неизменном виде, если кредитор не получит выгоду. Уменьшение процентной ставки по условиям соглашения может принять вид прощения долга, когда долг по уплате возникает, но прощается, если впоследствии должник совершит некоторое согласованное действие.

Есть основания для размышлений и для такого случая. Например, по договору аренды между гражданами арендодатель, испытывая теплые чувства к арендатору и желая помочь ему в финансовых затруднениях, соглашается значительно уменьшить размер арендной платы за некоторые последующие периоды пользования имуществом. Впоследствии арендатор совершает деяния, предусмотренные абз. 1 п. 1 ст. 578 ГК. Поскольку договор об уменьшении размера арендной платы не является прощением долга, он не подпадает под легальное определение дарения (п. 1 ст. 572 ГК). Следовательно, отмена дарения недоступна. Насколько оправдан такой подход? Ведь те же нравственные чувства, которые побудили законодателя установить отмену дарения, должны возникать и для описанного казуса. Однако недостойный арендатор имеет возможность защищаться, ссылаясь на указанное разъяснение Пленума. Поможет ли заветное *«само по себе»* вывести здесь правомочие на отмену уменьшения арендной платы — сложно сказать.

Методология Пленума ставит под вопрос само понятие долга. Как уже указывалось, обязательственное притязание кредитора, которому корреспондирует долг,

в своей эволюции может переживать различные стадии, что наиболее рельефно видно на примере обязательств, возникающих из консенсуальных договоров. Как только такой договор заключен, кредитор уже имеет требование к другой стороне, а последняя уже связана этим требованием. Другое дело, что оно еще не идеально, т.е. не созрело к взысканию. Впоследствии при реализации договорной программы сторон наступает перфекция требования и, следовательно, долг оказывается годным к взысканию. Коль скоро прекращение будущих несозревших требований к прощению долга не относится, можно считать, что и самих долгов не существует. Это будет означать, что на будущие долги никакие правила, регулирующие эту категорию обязательственного права, не распространяются. Отсюда могут вытекать столь фундаментальные последствия для всей систематики обязательственного права, что последнее изменится до неузнаваемости. Например, будущий долг можно перевести на другое лицо без согласия кредитора. Последнее представляется немислимым. Поэтому феноменология будущего долга, которому, как можно представить, отказывают в качестве долга как такового, требует осторожного отношения и более глубокого осмысления.

- (к) Касаясь в данном разъяснении одного из случаев, когда соглашение сторон прощением долга не является (при всех сомнениях на этот счет), Пленум не идет дальше, чтобы обозначить другие случаи. В частности, гражданский оборот, особенно в области предпринимательских отношений, испытывает потребность в понимании допустимости *pactum de non petendo*, когда кредитор принимает на себя обязательство не предъявлять к должнику требование. Проблемы с усвоением принципа свободы договора, помноженные на превратное понимание п. 2 ст. 9 ГК, в соответствии с которым отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом, помещают этот непоименованный договор в область юридической неопределенности. Было бы как раз полезным указать на допустимость такого договора, признав одновременно, что прощением долга он не является. Это принесло бы значительно больше пользы, чем указание на то, что не является прощением долга соглашение об уменьшении процентной ставки. Больше всего сомнений в отсутствии тождества этих двух договоров возникает, когда соглашение о непредъявлении требования не ограничено сроком (*pactum de non petendo in perpetuum*). Они, конечно же, не тождественны, ибо при прощении долга обязательство прекращается, а в последней разновидности названного непоименованного договора обязательство сохраняется со всеми вытекающими последствиями: должник может его исполнить, против требования кредитора может быть заявлен зачет, оно может быть изменено по соглашению сторон и т.д. Обоснование допустимости такого соглашения обнаруживается в свободе договора, но может быть усилено за счет *argumentum a fortiori*: коль скоро стороны управомочены на большее (простить долг), то они управомочены и на меньшее (договориться не требовать долга). В этом аспекте есть основания рассмотреть своего рода трансформацию долга в натуральное обязательство, что требует дополнительного исследования.

**32. По смыслу пункта 1 статьи 415 ГК РФ обязательство может быть прекращено прощением долга как полностью, так и в части, в отношении как основного, так и дополнительных требований.**

В случае если не удастся установить волю сторон на прекращение обязательства в части, считается, что обязательство прекращается полностью, а также прекращаются дополнительные требования, включая требование об уплате неустойки (пункт 4 статьи 329 ГК РФ).

## Комментарий

Пленум указывает на допустимость прощения долга в части, равно как на допущение прощения в отношении не только основного, но и дополнительных требований. Сделанный Пленумом вывод следует, по его выражению, из смысла п. 1 ст. 415 ГК, что едва ли верно, ибо из этой нормы при всем желании такие смыслы извлечь невозможно. Верность разъяснения Пленума следует из автономии воли сторон соглашения о прощении долга, из принципа свободы договора, а также из теоретического представления о структуре обязательства и предоставления.

Аналогичное разъяснение дано Пленумом в п. 2 касательно отступного: стороны вправе прекратить первоначальное обязательство предоставлением отступного как полностью, так и в части, в отношении основного и (или) дополнительных требований.

Незначительное различие в редакции (отсутствие этого пресловутого «и (или)») едва ли имеет какое-то смысловое значение.

Также данный пункт аналогичен разъяснению по отступному в отношении презумпции полного прощения долга и прекращения дополнительных требований: при неясности условий соглашения и невозможности установить, была воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части, оно толкуется в пользу того, что первоначальное обязательство прекращается полностью, а также прекращаются дополнительные требования по нему, включая обязанность уплатить неустойку. И здесь различия, скорее, стилистические, поэтому повторение комментария неуместно.

Схожий подход установлен и для новации в п. 25 постановления.

Таким образом, во всех договорных основаниях прекращения обязательства просматривается общий продебиторский подход. Видимо, он также будет применим при схожих обстоятельствах непоименованного договорного способа прекращения обязательств.

**33. По смыслу статьи 415 ГК РФ при прощении долга должны быть указаны условия, позволяющие идентифицировать обязанность, от исполнения которой освобождается должник. Если иное не определено соглашением сторон и не вытекает из обстоятельств дела, считается, что кредитор освободил должника от обязательства в полном объеме.**

Если часть долга по уплате денежных средств прощена в определенном размере и неясно, от уплаты каких сумм — основного долга, процентов за пользование денежными средствами,

**неустоек — освобождается должник, очередность прекращения соответствующих требований устанавливается применительно к правилам статьи 319 ГК РФ.**

## Комментарий

- (а) Именно применительно к прощению долга Пленум делает упор на необходимость идентифицировать обязанность, от исполнения которой освобождается должник. Трудно сказать, почему это отмечается только для такого основания прекращения обязательства, как прощение долга (возможно, это реакция на соответствующие случаи в судебной практике). Поскольку все договорные способы прекращения обязательства представляют собой ремиссионные сделки, т.е. их предметом как минимум является прекращение какого-нибудь обязательства, следует сделать общий вывод о том, что в любом соглашении о прекращении обязательства последнее должно быть идентифицировано. Так что сделанный вывод опять-таки базируется скорее на других источниках (п. 1 ст. 432 ГК), а не на смысле ст. 415 ГК.

Тем не менее выделение именно прощения долга в аспекте идентификации прекращаемого обязательства (обязанности) может поставить вопрос, не имел ли Пленум в виду более строгий подход к волеизъявлению сторон для данного основания прекращения обязательств. Предположение об особом подходе к определению предмета прощения долга косвенно опровергается уже во втором предложении первого абзаца комментируемого пункта и во втором его абзаце. Более того, несмотря на императивность первого предложения данного пункта, на проверку оказывается, что некоторые недостатки в конкретизации предмета договора о прощении исправляются даже лучше, чем по другим договорам. Как это будет проиллюстрировано ниже, сам Пленум и обеспечил ослабление действия требования об идентификации, в том числе посредством применения аналогии и установлением презумпций.

Ни с догматической, ни с доктринальной точки зрения для особого ригоризма в определении предмета договора о прощении долга оснований не усматривается. Упомянутые Пленумом условия, которые должны позволять определить прощаемый долг, следует толковать по общим правилам (ст. 431 ГК) и в случае неясности выявлять действительную волю сторон, а при специализированной неясности применять установленные презумпции (см. предыдущий пункт, а также второй абзац данного пункта). Поэтому, например, соглашение сторон, указывающее на прощение непоименованного долга, в условиях, когда между сторонами к моменту заключения договора имеется только один долг, следует признавать заключенным.

Встречавшаяся в арбитражной практике правовая позиция, согласно которой в соглашении о прощении долга должна указываться сумма долга или его размер<sup>67</sup>, представляется ошибочной. Прощение долга не приведет к ремиссии, если методами толкования, включая установленные презумпции, невозможно определить, от какой обязанности (или от каких) освобожден должник. Стороны, заключившие без порока воли соглашение о прощении долга, имели какое-то понимание его предмета, которое и следует выявить обычными методами толкования, ибо

<sup>67</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 19.12.2016 № 11659/06.

в договоре о прощении долга нет ничего особенного, чтобы исключить его из сферы действия концепции толкования *favor contractus*.

- (б) Второе предложение первого абзаца комментируемого пункта вызывает некоторую настороженность, поскольку непонятно, зачем оно нужно, так как о презумпции полного прощения долга буквально сказано через одно предложение текста выше, в предыдущем пункте: если не удастся установить волю сторон на прекращение обязательства в части, считается, что обязательство прекращается полностью. Здесь же формулируется та же идея, но другими словами: если иное не определено соглашением сторон и не вытекает из обстоятельств дела, считается, что кредитор освободил должника от обязательства в полном объеме.

Несмотря на тождество самой идеи этих двух разъяснений, их редакционное различие не только стилистическое. Если разъяснение предыдущего пункта особых вопросов не вызывает, то в комментируемом разъяснении бросается в глаза термин «*обстоятельства дела*», поставленный в один ряд с соглашением сторон. Коль скоро речь идет о выяснении вопроса, прощен ли долг полностью или только в части, мы имеем дело с толкованием договора (ст. 431 ГК). Как известно, доминирующим воззрением на правила толкования договора является последовательный метод применения сначала буквального толкования, а если этот метод не дает результата, то предусматривается переход к выявлению действительной общей воли сторон.

В разъяснении эта последовательность не очевидна. Однако едва ли это сделано, чтобы опровергнуть методологию толкования договора. Наверное, все же имелось в виду, что сначала надо обратиться к соглашению и выяснить, не определено ли им прощение долга только в какой-то части. Если буквальное толкование не проясняет ответа на этот вопрос, следует обратиться к обстоятельствам дела (видимо к тем обстоятельствам, которые названы в ч. 2 ст. 431 ГК), и лишь в случае, когда и это не позволяет уяснить действительную волю сторон, надлежит применить презумпцию, сделав суждение о том, что долг прощен в полном объеме. Впрочем, не исключено, что под словоупотреблением «*обстоятельства дела*» понимается судебное дело, т.е. речь идет о представленных в дело доказательствах релевантных обстоятельств. И при такой интерпретации разъяснения следует заключить, что общая методология толкования договора не меняется.

- (в) Прощение долга по внешней видимости не составляет действие, схожее с исполнением, а потому, как кажется, поводов для применения норм об исполнении к этому основанию прекращения обязательств быть не должно. Однако Пленум обнаруживает такую потребность. Она касается случая прощения денежного совокупного обязательства и возникает при наличии трех предпосылок: 1) долг прощается в части; 2) долги являются юридически разнородными; 3) соглашение не позволяет определить, какие обязательства в узком смысле прекращаются (прощаются). Тогда констатируется пробел в законе, который по аналогии подлежит восполнению применением ст. 319 ГК, посвященной очередности погашения требований по денежному обязательству.

Начать надо с того, что, указывая на прощение части денежного долга, Пленум вслед за законодателем имеет в виду долг, возникший из совокупного обязатель-

ства. Перечисленные в ст. 319 ГК требования обнимаются разными обязательствами: основной долг, регулятивные проценты, издержки на получение исполнения. Требование о возмещении понесенных на получение исполнения издержек (например, уплаченная государственная пошлина) не тождественно требованию об уплате процентов (например, за пользование суммой займа), равно как и требованию по основному долгу (например, цена товара). Всё это отдельные требования и, соответственно, отдельные долги, но поскольку они однородны, т.е. выражены в деньгах, их можно суммировать и, наоборот, делить. Таким образом, следует говорить о нескольких обязательствах или о совокупном обязательстве, т.е. итоговом объеме сложения сумм по всем обязательствам.

Адаптируем для прощения долга простейшую иллюстрацию, приводившуюся ранее в связи с зачетом. Например, если обязательство в широком смысле состоит из 200 руб. издержек, 300 руб. процентов и 1000 руб. основного долга, то совокупное обязательство равняется 1500 руб. Допустим, что в соглашении стороны указали, что прощается долг на сумму 350 руб., соответственно, погашено 200 руб. издержек и 150 руб. процентов; к уплате остается 150 руб. процентов и вся сумма основного долга в 1000 руб. Естественно, стороны могут избежать применения ст. 319 ГК, если своим договором поименуют, какой именно долг или долги прекращаются. Например, если будет указано, что прощается основной долг полностью или в какой-то части, то очередность тем самым будет изменена соглашением сторон, что допускается в силу ограниченной диспозитивности ст. 319 ГК.

- (г) Комментируемое разъяснение может вызывать вопрос в отношении упомянутой в нем неустойки. Дело в том, что с конца прошлого века судебная практика последовательно стоит на понимании упомянутой ограничительной диспозитивности ст. 319 ГК. Считается, что, определяя очередность погашения денежных требований, стороны могут как угодно менять ее в отношении названных трех видов требования, но не могут поставить вперед ни одного из них требование о неустойке, а упомянутые в норме проценты являются регулятивными<sup>68</sup>. Попросту говоря, сумма платежа неустойки не может быть погашена раньше, чем в четвертую очередь, даже если стороны на это согласны.

Ясно, что это сделано для того, чтобы *ex ante* предотвратить случаи, когда сильная переговорная позиция кредитора по обязательству позволяет ему выговорить для себя более выгодное условие об очередности. Не будь этой ограничительной диспозитивности, последнее повлекло бы, причем, возможно, в массовом порядке, такое последствие, что стесненный в деньгах должник, впавший в просрочку, постоянно погашал бы неустойки, не имея возможности погасить базовые долги. Не вдаваясь в обоснованность данного подхода, заметим, что он является устоявшимся в судебной практике. Редакция, предложенная Пленумом, конечно, не самая удачная, ибо он указывает на неустойку и ссылается при этом на ст. 319 ГК, в которой неустойка вообще не фигурирует, а кроме того, и практика в отношении платежа исходит из того, что диспозитивность названной нормы к неустойке

<sup>68</sup> См.: п. 11 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 08.10.1998 № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»; п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 20.10.2010 № 141 «О некоторых вопросах применения положений статьи 319 Гражданского кодекса Российской Федерации»; п. 37 постановления от 22.11.2016 № 54; п. 49 постановления № 7.

не относится. Возможно, имелось в виду, что при установлении прекратившегося прощением долга обязательства надо по аналогии применять ст. 319 ГК с учетом практики ее истолкования, т.е. исходить из того, что неустойка будет покрываться суммой прощенного долга только в четвертую очередь.

Могут ли стороны договора согласиться на прощение только неустойки, оставив другие виды долгов, перечисленных в ст. 319 ГК, в силе или наряду с ними включить в предмет договора также и неустойку? Указание Пленумом на применение ст. 319 ГК к прощению долга могло бы сбить с толку, если бы метод юриспруденции интересов не давал верного понимания различия между прощением долга и платежом. Дело в том, что прощение долга, как правило, идет на пользу должнику, поэтому, когда кредитор готов простить ему неустойку и ничего более, должник волен не согласиться на это вовсе или выговаривать прощения еще чего-нибудь, не заключая соглашения. Следовательно, его интерес никак не нарушается и, коль скоро он заключил соглашение о прощении неустойки, значит, это сообразуется с его интересом. Ситуация с очередностью погашения требования иная: если должник даст на это согласие в условиях, когда еще неизвестно, впадет он в просрочку или нет, его интерес впоследствии может пострадать. Отсюда можно сделать уверенный вывод: нет никаких препятствий для соглашения о прощении неустойки с оставлением остальных долгов, в том числе и таких их видов, которые указаны в ст. 319 ГК, нетронутыми. Должник освобождается от обязанности платить неустойку, а по остальным обязательствам остается должен. Точно так же стороны могут договориться о прощении любого из четырех видов долгов в любом сочетании.

- (д) Если неустойка несколько неожиданным образом была добавлена в контекст ст. 319 ГК, то столь же загадочным образом из перечня требований этой статьи в разъяснении исчезло упоминание об издержках по получению исполнения. Что бы это могло значить? Неужели Пленум полагает, что указанные издержки нельзя простить по соглашению сторон? Никаких препятствий ни в теории обязательственного права, ни в позитивном праве не обнаруживается. Было бы весьма странным, что стороны обязательства по возмещению издержек стали рабами собственного обязательства, связующая сила которого стала нерасторжимой. Известно, что чаще всего на практике и в доктрине к издержкам кредитора по получению исполнения относят уплаченные кредитором суммы государственной пошлины (хотя понятия издержек в материальном и процессуальном праве не совпадают). Может быть, выпадение издержек из разъяснения объясняется тем, что их прощение сопряжено с процессуальными особенностями, вдаваться в которые не посчитали необходимым, чтобы не перегружать разъяснение деталями, непосредственного отношения к материально-правовому аспекту постановления не имеющим. Такая методология применительно к зачету известна и отмечена выше.

Несмотря на то, что на практике, действительно, под издержками на получение исполнения в контексте ст. 319 ГК понимается уплаченная кредитором государственная пошлина, это не единственный вид таких издержек. Они могут быть и не связаны с судебным процессом (например, издержки на протест векселя в неплатеже). Нет никаких причин не допускать прощения долга в части такой его разновидности. Следовательно, если соглашение о прощении долга в определенном размере не указывает, по какому именно из юридически разнородных долгов обязательство прекращается, то ст. 319 ГК, несмотря на умолчание Пленума об

издержках, подлежит применению в полном объеме, а потому прежде всего прекращается обязательство по возмещению названных издержек, потом обязательство по регулятивным процентам и если что-то еще остается — сумма основного долга в соответствующей части. Если же прощенные долги были до этого присуждены судом, то возникает необходимость привести в соответствие материальное и процессуальное отношение, что было подробно рассмотрено применительно к зачету, а соответствующий комментарий с необходимыми адаптациями может быть приспособлен к рассматриваемой здесь ситуации (см. комментарий к п. 20 постановления).

- (e) Помимо изложенного, можно обратить внимание и на такую странность, что, ссылаясь на ст. 319 ГК, Пленум в самом тексте разъяснения меняет местами проценты и основной долг. Согласно названной норме прежде всего погашается не основной долг, а издержки, затем проценты и лишь потом основной долг. Видимо, следует исходить из того, что эти виды долгов изложены в разъяснении в качестве указания на то, в чем может заключаться неопределенность, а не в качестве последовательности их прекращения при прощении долга. Иначе пришлось бы признать, что установлена новая очередность, которая законоположению не соответствует.

Тем не менее нельзя исключать, что Пленум имел в виду изменить очередность, поскольку в этом можно увидеть некоторый смысл. Известно, что очередность погашения требований по денежному обязательству установлена для сдержанного стимулирования должника к полному исполнению. При прощении долга, возможно, этот законодательный мотив не столь актуален, ведь, в отличие от платежа, речь идет о соглашении, что дает некоторый повод поменять местами очередность погашения процентов и основного долга, с тем чтобы сначала прекращалось «тело» долга, что приведет к уменьшению процентной нагрузки на должника. Иными словами, прощение долга в этом аспекте толкуется в интересе должника, а не кредитора, поскольку цель прощения долга в том и заключается, чтобы уменьшить бремя должника. Однако уверенности в том, что догадка об изменении очередности верна, не имеется. Кажется, что если бы действительно было такое намерение, оно было бы реализовано более явным образом.

Изложенное свидетельствует о том, что при частичном прощении долга по совокупному обязательству сторонам желательно не ограничиваться в соглашении указанием на размер прощаемого долга, а прописать, к какому именно долгу это относится. В противном случае стороны будут нести юридические риски, пока в нашей юриспруденции не прояснится правильное понимание комментируемого разъяснения.

Несмотря на некоторую неопределенность рассматриваемого разъяснения, оно ясно говорит о том, что некоторые осложнения в идентификации прекращаемого прощением долга обязательства прочности договора не колеблют. Соглашение сторон является заключенным, поскольку закон и разъяснения Пленума должны позволить понять, какое именно обязательство прекращается, а также прекращается оно полностью или в части. Следовательно, указанная неясность в предмете договора не может служить поводом для появления фигуры юридического оксюморона — незаключенного договора, а иски о признании соглашения незаключенным юридически неосновательны.



**34. Прощение долга представляет собой двустороннюю сделку с подразумеваемым, по общему правилу, согласием должника на ее совершение: обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если иное не предусмотрено соглашением сторон. В то же время прощение долга следует считать несостоявшимся, если должник в разумный срок с момента получения такого уведомления направит кредитору в любой форме возражения против прощения долга (статья 165.1, пункт 2 статьи 415, пункт 2 статьи 438 ГК РФ).**

## Комментарий

- (а) Как уже упоминалось, реформа прощения долга не кажется достаточно удачной. Она выразилась в добавлении в ст. 415 ГК нового положения, в результате которого прежнее регулирование образовало п. 1, а новое — п. 2. Согласно новому п. 2 ст. 415 ГК обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если должник в разумный срок не направит кредитору возражений против прощения долга. Такая новелла, посвященная порядку прощения долга, могла бы вернуть нашу юриспруденцию к дискуссии о том, является данное основание прекращения обязательства договором или односторонней сделкой.

Апологеты последнего варианта могли бы увидеть здесь одностороннюю сделку кредитора по прощению долга, которая влечет ремиссионный эффект, если только должник в свою очередь не совершит одностороннюю сделку, опровергающую первую сделку. Получается такой своеобразный сделочный пинг-понг, ведь упорство кредитора может привести к новой сделке с его стороны и новому сделочному возражению со стороны должника и так может продолжаться сколь угодно долго. Не желающий прощения долга должник, автономия воли которого вроде бы должна надежно защищаться правопорядком, вынуждается все время находиться настороже, ибо стоит ему замешкаться, пропустить разумный срок на возражение, и ремиссия состоится вопреки его воле.

Указанная новелла могла бы хоть как-то быть оправдана, если бы квалифицированное статистическое исследование, в том числе судебной практики, показало масштабные проблемы, возникающие из-за того, что интересы сторон обязательственных отношений массовым образом нарушаются, поскольку должники хотя и согласны на прощение долга, но не акцептуют оферты кредиторов, а суды не признают долги прощенными ввиду этого формального аспекта. Ничего такого ни в пояснительной записке, ни в Концепции развития гражданского законодательства в качестве обоснования законодательного решения не приводится, не наблюдается подобных проблем в массовом порядке и в судебной практике. Зато есть известная практика злоупотреблений с молчаливым акцептом, например когда в сфере телекоммуникационных услуг предлагается условно бесплатная услуга, которая по истечении непродолжительного срока становится платной, если заказчик промолчит. Ясно, что эта недобросовестная практика рассчитана на невнимательность обывателей, которые в современном мире находятся в перманентном информационном шторме. С учетом массовой атаки на потребителя она может приносить баснословные доходы, а неэффективность *ex post* контроля всем хорошо известна и обоснования не требует. Такова цена непродуманного допущения акцепта молчанием.

Пленум абсолютно верно и в соответствии с теорией договорного права квалифицирует молчание должника в качестве предусмотренного законом акцепта предложения кредитора простить долг в виде умолчания (п. 2 ст. 438 ГК), определяя тем самым прощение долга в качестве договора. Но это ничего, кроме морального удовлетворения, при таком законе не принесет. Спокойствие должника, не желающего произвольного прощения ему долга, Пленум обеспечить не может. Отсюда, к сожалению, возникает риск нарушения принципа гражданского права о недопустимости произвольного вторжения в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК). Спасение прав должников оказывается только в руках самих должников, ибо ни закон, ни суд замешкавшемуся должнику не помощники.

Конечно, никакого массового драматизма в связи с этим не наблюдается, поскольку в большинстве случаев должники согласны на прощение долга, а в жертву приносятся лишь интересы меньшинства, что для нашей ментальности дело, к сожалению, привычное. Несогласие с прощением долга чаще всего объясняется не имущественными, а нравственными причинами, опасениями за свою репутацию и другими нематериальными интересами, зачастую связанными с честью и достоинством человека, его моральными переживаниями. В литературе уже приводился пример со случаем в ресторане, когда судья, плотно пообедав, получает прощение долга по счету от владельца ресторана, чье дело ожидает рассмотрения у этого судьи. Есть и другие «чудаки», которые, к примеру, не желают получить прощение долга от оказавшегося негодяем кредитора, чтобы не замарать свою репутацию.

- (б) Для возражения против прощения долга закон оперирует понятием разумного срока. Ясно, что этот срок является общей оценочной категорией, но в его применении, как представляется, следует провести дифференциацию. Если в коммерческом обороте отслеживание корреспонденции — обычная практика, то для обывателей это далеко не всегда так. У подавляющего большинства обычных граждан нет персонала, который мог бы в постоянном режиме мониторить и обрабатывать корреспонденцию. Человек, скажем, может уехать в отпуск, попасть в больницу, оказаться в каких-то нестандартных жизненных обстоятельствах, и было бы несправедливо лишить его возможности проявить свою волю, чтобы отвергнуть прощение долга. Получается, из-за того что одно лицо (кредитор) имеет желание заключить договор, другое лицо (должник) подвергается риску оказаться стороной этого договора помимо своей воли. Поэтому разумность срока на возражение должна оцениваться с учетом обстоятельств, которые могли препятствовать волеизъявлению гражданина.
- (в) Дело усугубляется тем, что предложение кредитора о прощении долга может соединяться с теми или иными условиями, в том числе такими, которые предполагают возникновение у кредитора выгоды за счет должника (см. абз. 1 п. 31 постановления). Ни закон, ни Пленум не ограничили допустимость заключения договора молчаливым акцептом только случаями безусловного прощения долга. Выходит, что должник, получивший соответствующее предложение о прощении долга и не успевший в разумный срок возразить против этого, окажется обязанным к доставлению кредитору соответствующих выгод за свой счет. С учетом фикции восприятия волеизъявления (п. 1 ст. 165.1 ГК) институт прощения долга может оказаться весьма опасным. Исходя из принципов автономии воли, недопущения произвольного вмешательства в частные дела, как представляется, имеются все основания так истолковать п. 2 ст. 415 ГК, чтобы допустить заключение договора молчаливым

акцептом только для такого прощения долга, которое не влечет негативных последствий для должника. Иначе вместо прощения долга можно получить его увеличение. В этом контексте нужно отметить, что молчаливый акцепт допускается только в отношении распорядительной сделки прощения долга, а те выгоды, о которых кредитор договаривается с должником, являются элементом каузы другой сделки, которая служит основанием собственно прощения долга.

- (г) Пленум определяет прощение долга как двустороннюю сделку с подразумеваемым согласием должника на ее совершение и делает при этом оговорку, что это является общим правилом. Это побуждает искать изъятие из общего правила. Нетрудно понять, что исключением будет ординарный договор, который заключается обычным образом. И для должника, и для кредитора такая практика предпочтительна, ибо снимает проблемы неопределенности. Неудачная редакция п. 2 ст. 415 ГК вкупе с выражением п. 1 этой же статьи об освобождении кредитором должника от обязанностей может создавать ложное впечатление, что инициатором заключения договора о прощении долга всегда выступает кредитор. Необходимо решительно его отбросить. Естественно, предложить простить ему долг может и должник, и тут, конечно, перевернуть п. 2 ст. 415 ГК в обратную сторону совершенно невозможно. Молчание кредитора в ответ на оферту должника о прощении долга никакого договора породить не может, разве что стороны это допустили своим соглашением, которое видится нереалистичным. Однако нет никаких препятствий для заключения договора о прощении долга в ординарном порядке по инициативе должника.
- (д) Момент прекращения обязательства при заключении договора с молчаливым акцептом определяется Пленумом вслед за законодателем фактом получения должником уведомления кредитора о прощении долга. При этом и здесь сделана оговорка: иное может быть предусмотрено соглашением сторон. Это соглашение, видимо, может быть самым разным. Наименее вероятно встретить автономный договор о моменте прекращения обязательства при прощении долга с молчаливым согласием. Более реалистично предположить, что иное правило может быть предусмотрено в договоре, из которого возник прощаемый долг, хотя о существовании таковых пока ничего не известно. Думается, что соглашение об ином моменте прекращения обязательства при прощении долга с предполагаемым согласием следует отнести к разряду юридических редкостей. Действительная потребность в ином положении дел заключается в том, чтобы заключать договор прощения долга ординарным порядком. В этом может быть заинтересован не только должник, но и кредитор, поскольку он также, пусть и в меньшей степени, может подвергаться рискам неопределенности, например из-за той же фикции восприятия волеизъявления. В силу тех или иных обстоятельств он может ошибочно считать, что должник не направил возражение в разумный срок, но на самом деле оно было.

Возможно, рассматриваемая блокирующая оговорка «...если иное не предусмотрено соглашением сторон» относится не к иному моменту прекращения обязательства при прощении долга с молчаливым акцептом, а ко всему первому предложению. Но это предположение едва ли обоснованно, поскольку в начале первого предложения комментируемого разъяснения дается правовая квалификация прощения долга, которая выявляется Пленумом, а устанавливается правопорядком, но стороны правопорядка поменять ее не могут.

- (е) Пленум, допуская определение соглашением сторон иного момента прекращения обязательства в условиях применения п. 2 ст. 415 ГК, ничего не говорит о возможности вообще заблокировать действие этой нормы договором. В силу свободы договора для этого нет никаких препятствий, а п. 2 ст. 415 ГК императивной нормой не является. С практической точки зрения каждому должнику следует рассмотреть вопрос о целесообразности включения соответствующей блокирующей оговорки в каждый договор, а в коммерческой практике — включить таковую в соответствующие шаблоны. Тогда указанные выше риски будут нивелированы. Кредиторам, которые прибегают к прощению долга ввиду получения за это от должника экономической выгоды, также следует избегать заключения договора с молчаливым акцептом, поскольку, как говорилось выше, есть большие сомнения в его соответствии принципам гражданского права.
- (ж) Из второго предложения следует, что с момента получения уведомления кредитора о прощении долга обязательство уже прекращается, а если в разумный срок последует возражение, то прощение долга надлежит считать несостоявшимся. Получается, что сначала мы имеем дело с одной юридической фикцией (обязательство *считается* прекращенным), а затем с другой (прощение долга *считается* несостоявшимся). Эта дуэль юридических фикций кажется совершенно искусственным образованием, которое может оказаться и злокачественным. При таком подходе, например, придется разьяснять, что опровержение одной фикции другой фикцией означает сохранение акцессорных обеспечений. Фикций вообще следует избегать и применять их лишь в крайней необходимости. Здесь же получилось так, что законодатель установил одну фикцию, а Пленум добавил другую.

Технически дело можно было представить таким образом, что обязательство считается прекращенным без выраженной на то воли должника в силу предполагаемого акцепта молчанием не в момент получения уведомления, а позднее. Соответственно, обязательство считается прекращенным после истечения разумного срока на возражение, но ретроактивным образом — с момента получения уведомления. Только тогда предположение о согласии должника в виде молчания как бы набирает должную силу, чтобы повлечь ремиссию. Истечение разумного срока и молчание должника ярче свидетельствуют о его предполагаемой воле. Впрочем, нельзя сказать, что этот вариант многим лучше избранного Пленумом. Фрагментарное улучшение изначально порочной законодательной конструкции — дело весьма неблагоприятное, поскольку порока не исправляет.

- (з) Пленум не раз касался влияния тех или иных аспектов прекращения обязательств на исковую давность, и наоборот. Здесь же он не затрагивает эту тему, хотя вопросы могут возникать, поскольку порочность введенной законодателем конструкции прощения долга может повлечь соответствующие инсинуации, например уловки в виде провокации признания долга. Может, и не стоило бы раньше времени рассматривать эти проявления, но лучше заблаговременно подготовиться к ним, нежели опасаться того, что ими кто-то воспользуется, ибо последнее произойдет в любом случае.

Допустим, кредитор желает продлить истекающую исковую давность, а на действие должника он не рассчитывает. Далее все просто — нужно направить должнику уведомление о прощении долга (тут его еще и намеренно завьсыят, как в известном анекдоте), но на таких заведомо невыгодных условиях, что должник

неприменно возразит, а здесь легко неосторожно высказаться, чтобы возражение квалифицировать в качестве признания долга. Можно сделать вывод: должникам следует научиться возражать против прощения долга такими словами и выражениями, чтобы они не были расценены в качестве действия, свидетельствующего о признании долга, которое прервет давность. Иными словами, должникам нужно опасаться провокации признания долга уведомлением о его прощении.

- (и) Нетрудно заметить, что если для двух других договорных оснований прекращения обязательств (отступное и новация) Пленум применяет новую концепцию наиболее строгой формы, то для прощения долга она не упоминается. Отсюда следует, что если долг возник из сделки в особенной форме (нотариальной, договор в форме одного документа), то для сделки прощения долга действуют общие правила о форме. Что же касается возражения против прощения долга, то Пленум, наоборот, вводит послабление, поскольку закон никаких правил на этот счет не устанавливает, а в комментируемом пункте прямо говорится, что возражение может направляться в любой форме.

Это может вызывать сомнения. Например, если прощается часть долга из договора, заключенного в строгой форме, допустим купли-продажи доли в праве на недвижимое имущество, то перед нами изменение условия договора в части, касающейся цены товара, со всеми вытекающими последствиями (п. 1 ст. 452 ГК). Еще больше сомнений должен добавить случай, пусть и гипотетический, частичного прощения долга в отношении самой доли. Кроме того, коль скоро долг считается прощенным с момента получения уведомления должником, то получается, что в этот момент условие первоначального договора изменяется. Следовательно, возражение должника — это очередное изменение условия договора, но в обратную сторону. Однако согласно разъяснению оно может быть сделано в любой форме. В этом смысле новая концепция наиболее строгой формы проводится в жизнь непоследовательно.

В большинстве случаев достаточно соблюдения правила о тождестве формы (п. 1 ст. 452 ГК), поскольку само соглашение о прощении долга, равно как результат его прощения, как правило, не могут привести к возникновению обстоятельств, для которых пригодна концепция наиболее строгой формы. Хотя в некоторых, пусть и редких, случаях можно усмотреть ее применимость, правда, в специфической модификации. Если, например, по устному договору купли-продажи некоммерческая организация прощает долг размером более 3 тыс. руб. с целью одарить другую сторону, образующийся договор дарения требует письменной формы, причем под страхом ничтожности (п. 2 ст. 574 ГК).

**35. Отказ от иска или части исковых требований по спору об исполнении обязательства сам по себе не означает прощение долга и не влечет прекращения обязательства (статья 39 ГПК РФ, статья 49 АПК РФ, статья 415 ГК РФ).**

## Комментарий

В последнем пункте постановления, посвященном прощению долга, проводится разграничение прощения долга и процессуального отказа от иска или части ис-

ковых требований. Отказ от иска является процессуальным распорядительным действием, которое в силу принципа диспозитивности в процессуальном праве, будучи принятым судом, останавливает судебную защиту права. Такой отказ от судебной защиты не означает прекращение самого материального требования, если только он не соединен с каким-либо материально-правовым основанием прекращения обязательства. Отсюда очередная оговорка Пленума «сам по себе». На практике как раз часто бывает, что отказ от иска связан с теми или иными изменениями в материальном правоотношении. Это разумно: кредитор прощает долг и отказывается от иска, приводя в соответствие материальное и процессуальное отношение. Но если этого не произошло, то указанный отказ все же имеет не только процессуальное значение для соответствующего судебного дела. Последнее предопределено запретом на тождественный процесс, что означает превращение обязательства в натуральное, которое более не снабжено судебной защитой. Это, однако, не означает, что если должник после отказа от иска произведет исполнение, то полученное кредитором является его неосновательным обогащением. Напротив, такое исполнение прекращает натуральное обязательство и является полученным кредитором юридически основательно — по обязательству.

Поскольку договор прощения долга может быть заключен молчаливым акцептом, отказ от иска, в котором содержится волеизъявление кредитора (истца) на прощение долга, если он получен должником (ответчиком), может представлять собой одновременно и договор о прощении долга с молчаливым акцептом, и процессуальное распоряжение. Получается, что у сторон есть два способа простить долг: вне суда, с последующей синхронизацией материального и процессуального отношения, и в суде, посредством соединения материального и процессуального волеизъявления (такое же явление теперь наблюдается в связи с допущением зачета по возражению ответчика). Ясно также, что должник может и акцептовать предложение о прощении долга, содержащееся в отказе от иска. Более надежным с практической точки зрения является заключение мирового соглашения, предмет которого соответствует договору о прощении долга.

## **Прекращение обязательства невозможностью исполнения (статьи 416, 417 ГК РФ)**

**36. В соответствии с пунктом 1 статьи 416 ГК РФ обязанность стороны прекращается в силу объективной невозможности исполнения, наступившей после возникновения обязательства и имеющей неустранимый (постоянный) характер, если эта сторона не несет риск наступления таких обстоятельств.**

### **Комментарий**

- (а) В данном пункте Пленум продолжает применять методологию телеологической редукции, предпринятой им в прежних разъяснениях, посвященных ответственным

ности за нарушение обязательств в отношении непреодолимой силы<sup>69</sup>. Он ограничивает понятие невозможности исполнения обязательства по сравнению с тем, как оно установлено в законе. Невозможность исполнения обязательства признается имеющей ремиссионный эффект только при наличии еще двух условий (*conditio juris*): невозможность должна быть (1) объективной и (2) неустранимой (постоянной). Это разъяснение находится в согласии с доминирующими представлениями доктрины.

Раскрытие этих *conditio juris* осуществляется в последующих пунктах постановления (п. 37 и отчасти 38). Поэтому комментарий к этим условиям будет, соответственно, представлен ниже.

- (б) Два других условия никакого разъяснения в данном пункте не получили. Речь идет о последующей невозможности и ответственности за невозможность исполнения.

До реформы п. 1 ст. 416 ГК не снабжал невозможность исполнения обязательства темпоральной оговоркой. Получалось, что обязательство должно было прекратиться невозможностью исполнения и в том случае, когда эта невозможность была изначальной, т.е. существовала до возникновения обязательства. Это на первый взгляд вступает в противоречие с известной еще со времен римского права идеей недопустимости договориться о невозможном к исполнению обязательстве (*impossibilium nulla obligatio est*). Считалось, что такой договор ничтожен (вспомним хрестоматийный пример с договором о продаже гиппоцентавра). Изначальная невозможность не влечет самого возникновения обязательства, а потому и прекращать здесь нечего.

Конечно, когда объективная невозможность исполнения обязательства изначально очевидна или должна быть очевидной для сторон в момент, когда обязательство должно возникнуть (например, при заключении договора), было бы алогичным считать, что обязательство возникло, ибо оно тут же должно прекратиться невозможностью исполнения. Но что если объективная невозможность неизвестна одной или обеим сторонам? По букве новой редакции закона это не имеет значения: изначальная невозможность исполнения обязательства не влечет прекращения обязательства по п. 1 ст. 416 ГК, что может означать только одно — никакого обязательства и не возникло. Соответственно, интересы добросовестной стороны, которая, допустим, заключила договор, а потом выяснилось, что обязательство не возникло ввиду изначальной невозможности исполнения, могут пострадать.

Например, стороны заключают договор купли-продажи вещи, которая погибла еще до заключения договора. Покупатель несет напрасные издержки и расходы в связи со вступлением в договор, может претерпеть другие убытки из-за того, что обязательство не будет исполнено, но другая сторона договорной ответственности не понесет, ибо максимум, на что может рассчитывать покупатель, — это преддого-

<sup>69</sup> Не могут быть признаны непреодолимой силой обстоятельства, наступление которых зависело от воли или действий стороны обязательства, например отсутствие у должника необходимых денежных средств, нарушение обязательств его контрагентами, неправомерные действия его представителей (п. 8 постановления № 7). Наступление обстоятельств непреодолимой силы само по себе не прекращает обязательство должника, если исполнение остается возможным после того, как они отпали (п. 9 постановления № 7).

ворная ответственность продавца (ст. 434.1 ГК). Но, как известно, ответственность за *culpa in contrahendo*, даже если она здесь обнаружится, построена по негативной модели, т.е. потерпевший может главным образом рассчитывать на компенсацию, которая должна соответствовать его экономическому положению, как если бы он не вступал в переговоры. Насколько это справедливо, учитывая неосмотрительность или тем более недобросовестность контрагента, который договаривался о продаже своей погибшей вещи?

Для того чтобы предоставить должную защиту, надо продолжить редукцию нормы, предусмотрев, что изначальная невозможность исполнения не прекращает обязательство, если она была очевидной для обеих сторон, так как невозможно юридически связать себя договором о невозможном, т.е. обязательство не возникает. Ничтожность такого договора в соответствующих случаях может основываться на ст. 170 ГК о ничтожности мнимой сделки. Если же должник знал или должен был знать об объективной и перманентной невозможности на момент заключения договора, а кредитор этого не знал и не должен был знать, то разумно исходить из того, что либо (а) обязательство все-таки на логическую секунду возникает, чтобы немедленно прекратиться и трансформироваться в охранительное притязание кредитора о взыскании убытков по модели защиты позитивного договорного интереса, либо (б) обязательство все-таки не возникает, но заключение договора, в котором оно согласовано, порождает своего рода подразумеваемую гарантию наличия возможности исполнения, за недостоверность которой должник будет отвечать аналогично тому, как если бы обязательство возникло и было нарушено (т.е. возмещать убытки в рамках модели защиты позитивного интереса).

Уместно отметить, что законодатель в частных случаях склонен защищать интересы стороны, которые могут пострадать в ситуации, когда другая сторона знает или должна знать об утрате объекта предоставления. Так, согласно абз. 2 п. 2 ст. 459 ГК условие договора о том, что риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента сдачи товара первому перевозчику, по требованию покупателя может быть признано судом недействительным, если в момент заключения договора продавец *знал или должен был знать, что товар утрачен* или поврежден, и не сообщил об этом покупателю.

- (в) Может вызывать определенные вопросы правило п. 1 ст. 416 ГК, ограничивающее прекращение обязательства в свете возникновения последующей объективной и перманентной невозможности исполнения, если за эту невозможность отвечает соответствующая сторона. Действительно, согласно буквальному смыслу ст. 416 ГК обязательство прекращается, если за обстоятельство последующей невозможности не отвечает ни одна сторона. Получается, что закон сохраняет обязательство, которое после его возникновения объективно и перманентно стало невозможно исполнить. Казалось бы, зачем это нужно, ведь кредитор не сможет получить предоставление, ради которого обязательство возникло? Несмотря на всю неумолимость действия правопорядка, она не может, скажем, возродить погибшую индивидуально-определенную вещь, которую должник обязан был предоставить кредитору. Если, к примеру, должник умышленно уничтожил подлежащую передаче кредитору уникальную вещь, то тут уже ничего не поделать, вещи более не существует в природе, и сколько ни обязывай должника ее предоставить, сделать это совершенно невозможно.



Дело объясняется просто: ответственность должника, которая тут требуется просто по чувству справедливости, сконструирована в нашем законе таким образом, что она может наступить только за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Ответственность за уничтожение своих вещей или за порождение обстоятельств, влекущих невозможность исполнения, нашему позитивному праву неизвестна. Стало быть, для обоснования ответственности нужно сохранить *apriori* невозможное к исполнению обязательство, чтобы констатировать его нарушение должником и привлечь его к ответственности за неисполнение этого обязательства.

Такое искусственно сохраняемое правопорядком обязательство позволяет привлечь на защиту кредитора весь арсенал договорных условий, который был бы утрачен, если бы обязательство считалось прекращенным, например все дополнительные притязания кредитора, в том числе обеспечительные, прекратились бы по акцессорности. В некоторых случаях сохранение обеспечения, наверное, можно было бы обосновать иным образом, но для универсального решения в глазах законодателя наличие основного обязательства, наверное, виделось более простым методом. Иными словами, законодатель сохраняет невозможное к исполнению обязательство не потому, что надеется на его чудесное исполнение, а потому, чтобы привлечь должника к ответственности за неисполнение.

Помимо этого, данная юридическая фикция сохранения обязательства при невозможности его исполнения может поспособствовать разрешению всякого рода частных дел. Например, должник уничтожил уникальную вещь и исполнение обязательства по ее передаче в собственность кредитору стало невозможным, но кредитор, не зная об этом, уступил свое право требования цессионарию. Что же получил бы последний, если бы мы считали, что обязательство прекратилось? Ничего. Всё, на что он был бы вправе рассчитывать, — это ответственность контрагента (цедента), но не должника. Но если считать, что обязательство не прекратилось, он получит требование, удовлетворить которое в натуре невозможно, но понести ответственность (например, возместить убытки) должник способен. При уступке цедент и цессионарий не договаривались о передаче другого требования (о возмещении убытков), ибо кредитор не знал, что оно у него возникло, но оно перейдет к цессионарию только потому, что связано с основным требованием и по общему правилу следует за ним (п. 1 ст. 384 ГК).

Теоретически можно выстроить другую систему последствий невозможности исполнения обязательства. Для этого придется прибегнуть к критике самой нормы посредством толкования ее *contra legem* — признав, что обязательство прекращается в любом случае, и сформулировав специальные правила об ответственности сторон, когда они отвечают за наступившую невозможность исполнения, а не за неисполнение обязательства. Отдельно надо будет поставить случаи, когда те или иные имущественные последствия наступают вследствие соответствующего перераспределения риска, вытекающего из закона или договора.

- (г) Поскольку закон или договор могут предусматривать, что риск объективной невозможности исполнения несет соответствующая сторона, то, хотя невозможность исполнения объективная, обязательство сохранится. Это не будет означать, что для обязанной стороны предполагается исполнение невозможного, но это повлечет ее ответственность за неисполнение обязательства. Иными словами, наступит

пают те же последствия, что и в том случае, когда за наступившую невозможность исполнения отвечает соответствующая сторона.

- (д) Можно обратить внимание на то, что если в отношении других оснований Пленум предпочитает использовать выражение «прекращение обязательства», то в комментируемом пункте говорится о прекращении *обязанности* стороны. Выше уже упоминалось, что российской юриспруденции не свойственна педантичность в использовании терминологии, да и сам понятийный аппарат остается достаточно бедным и не систематизированным должным образом. Отсюда можно предположить, что термин «обязанность» используется в значении «обязательство». Наверное, так оно и есть. Тем не менее предпочтительное терминологическое соотношение понятий должно быть таким: невозможность исполнения прекращает обязательство в узком смысле, которое состоит из обязанности должника и корреспондирующего ей права кредитора. Поэтому не может быть так, чтобы обязанность должника прекратилась, а право кредитора — нет, такое Пленум явно не мог иметь в виду. Возможно, термин «обязанность» применен вместо термина «обязательство», чтобы отразить невозможность исполнения, возникшую как на стороне должника, так и на стороне кредитора (невозможность исполнения кредиторской обязанности), что действительно необходимо учитывать. Другое дело, смогут ли судьи усмотреть столь неуловимые следы этой мысли в рассматриваемом тексте?

То, каким образом невозможность исполнения влияет на судьбу обязательства в широком смысле, рассматривается в дальнейшем, поэтому этот вопрос в комментарии к данному пункту не освещается.

- (е) Нельзя не заметить, что Пленум не только добавляет два *conditio juris* к понятию невозможности исполнения, но также заменяет терминологию, которая используется законодателем в п. 1 ст. 416 ГК для установления исключения из правила о прекращении обязательства. По закону обязательство прекращается, если за обстоятельство невозможности исполнения *ни одна из сторон не отвечает*. Согласно же разъяснению обязанность стороны прекращается в силу названных в нем обстоятельств, *если эта сторона не несет риск их наступления*. Известно, что в техническом смысле понести ответственность и нести риск — юридические явления совсем не тождественные. Некоторые соображения на этот счет будут изложены ниже, при рассмотрении категории риска невозможности исполнения.

**37. По смыслу статьи 416 ГК РФ невозможность исполнения является объективной, когда по обстоятельствам, не зависящим от воли или действий должника, у него отсутствует возможность в соответствии с законом или договором исполнить обязательство как лично, так и с привлечением к исполнению третьих лиц.**

## Комментарий

- (а) В данном пункте раскрывается понятие объективной невозможности исполнения обязательства. Как уже отмечалось, мы здесь имеем дело с телеологической редукцией, легитимационным основанием которой является извлечение некоего смыс-

ла из текста нормы, в котором этот смысл якобы сокрыт. Когда юрисдикционный орган использует выражение «по смыслу такой-то нормы», это означает, что в ней ничего такого не сказано, ибо тогда можно было бы выразиться иначе — «в соответствии с такой-то нормой». Содержательно такая редукция представляет собой добавление к невозможности исполнения обязательства свойства объективности. Внешняя потребность в этом возникает из-за лаконичности законодателя, который оставляет нюансировку регулирования суду, закрепляя в законе лишь общий принцип. Впрочем, можно сказать и о недостатке закона, что ничего не меняет, поскольку все равно он требует внимания высшей инстанции.

Содержательная потребность в ограничительном толковании закона возникает из-за того, что обязательства оказались бы слишком хрупкими, если бы их прочность зависела от индивидуальных особенностей их сторон, являющихся субъективным фактором. Сила обязательства (п. 1 ст. 307 ГК), т.е. *vinculum juris*, оказалась бы иллюзорной, легко разрывалась, а обязательственное право не доставляло бы участникам гражданского оборота тех благ, на которые они рассчитывают. Иными словами, случилась бы дисфункция обязательственного права. Например, если грузоотправитель заключил договор на перевозку груза, то перевозчик не может считаться свободным от обязательства только потому, что в минуту исполнения его средства перевозки оказались фатально не способны к таковой. В этом случае невозможность налицо — везти груз не на чем. Но эта невозможность субъективна, т.е. зависит от конкретного обязанного лица. Любой перевозчик не может не понимать, что средство перевозки может выйти из строя и это зона его риска, он должен был позаботиться заранее о запасном средстве перевозки или приискать другое лицо, которое можно привлечь к исполнению своего обязательства. Если ничего этого он не сделал, констатируется нарушение обязательства со всеми вытекающими отсюда последствиями, а не его прекращение.

- (б) Рассматриваемое разъяснение содержит словесный оборот, который может привести к заблуждению в отношении его смысла. В частности, сказано, что объективная невозможность обнаруживается, когда по **обстоятельствам, не зависящим от воли или действий должника**, у него отсутствует возможность исполнить обязательство. Отсюда можно было бы сделать вывод, что **наступление** обстоятельств невозможности исполнения не зависело от воли или действий должника. Такое понимание было бы ошибочным и, рискуем утверждать, Пленум не имел это в виду. Дело в том, что невозможность исполнения может наступить как раз вследствие воли и (или) действий как должника, так и кредитора. Например, если должник уничтожает уникальную вещь, подлежащую согласно обязательству передаче кредитору, право обнаруживает невозможность исполнения обязательства. Первоначальной причиной возникновения невозможности является деяние должника, но это имеет значение для решения вопроса о том, отвечает ли он за возникшую невозможность или нет. Само же деяние должника к обстоятельству невозможности не относится, последним является другое обстоятельство — гибель вещи. Именно последняя и есть обстоятельство невозможности исполнения, которое обладает свойствами объективности, поскольку ни воля, ни действия должника, ни они вместе не могут возродить погибшую вещь. Никто не может преодолеть гибель вещи, которая представляет собой безвозвратную ее утрату.

Пленум передает объективный характер невозможности исполнения через указание на волю и действия должника, которые **не способны преодолеть** обстоятельства

невозможности исполнения обязательства. Что бы он ни делал, какие волевые усилия для исполнения он бы ни предпринимал — исполнить обязательство все равно невозможно. Отдельно Пленум делает акцент на том, что при личной невозможности исполнения объективный ее характер не возникнет, если есть возможность исполнения за счет привлечения третьих лиц. Иными словами, если должник в сложившихся обстоятельствах не может исполнить обязательство сам (лично), но его возможно исполнить за счет привлечения третьих лиц, то обязательство не прекращается, здесь нет объективной невозможности, коль скоро это можно сделать за счет третьих лиц. Объективную невозможность часто характеризуют тем, что невозможность является всеобщей — никто не мог бы исполнить обязательство в сложившихся обстоятельствах, т.е. причина невозможности кроется не в лице (субъекте), а в самом обстоятельстве невозможности (объекте).

Может вызывать вопросы раскрытие объективной невозможности через указание на ее независимость от *воли или действий* должника (использование этой пары ранее в разъяснениях об ответственности ничего не проясняет (см. сноску в п. «а» комментария к п. 36 постановления). Зачем понадобилось указание именно на эту пару терминов? Дело в том, что обязательство всегда должно исполняться по воле, а не помимо воли должника, а само исполнение обязательства должником — это всегда совершение действия. Действие по исполнению обязательства обычно совершается, потому что это диктует воля. Возможно, здесь не следует искать какой-то скрытый смысл, ибо перед нами просто фигура речи. Пленум просто акцентирует внимание на двух проявлениях исполнения обязательства: внутреннем (воля) и внешнем (действие), показывая тем самым, что если даже при большой силе воли и при любом действии достичь исполнения невозможно, то эта невозможность объективная. Тем не менее некоторая настороженность в отношении правильности нашего понимания этого выражения остается, так как изъятие указания на волю смысла вроде бы не колеблет. Но раз этот термин применен, то, возможно, он имеет какое-то содержательное, а не только иллюстративное значение, смысл которого пока ускользает от понимания.

- (в) В тексте разъяснения бросается в глаза указание на отсутствие возможности *«в соответствии с законом или договором»* исполнить обязательство...». Зачем понадобилось это уточнение? Кажется, если исключить выделенные слова из разъяснения, его смысл не изменится. Если бы речь шла только об указании на закон, можно было бы предположить, что тем самым обозначается так называемая юридическая невозможность (ст. 417 ГК), которую следует отграничивать от фактической невозможности (ст. 416 ГК). Например, перевозчик фактически способен осуществить перевозку, но в силу тех или иных причин компетентный орган запретил осуществлять перевозку в соответствующей местности. Если перевозчик начнет перевозку, он нарушит этот запрет. Право не может этого допустить и обнаруживает здесь юридическую невозможность исполнения обязательства, которая и влечет прекращение обязательства. Но указание на невозможность осуществить исполнение *в соответствии с договором* подсказывает, что речь не идет о юридическом запрете, хотя сказанное о юридической невозможности верно. Вероятно, здесь имелось в виду, что фактическое исполнение возможно, но оно по причине возникших обстоятельств не может быть надлежащим, т.е. не будет соответствовать закону или договору. Впрочем, указание на это кажется излишним, ибо и так ясно, что если имеется возможность сделать что-то другое, но нет объективной возмож-

ности сделать как надо, то обязательство должно прекратиться, так как кредитор другого действия не хотел, а желаемое им невозможно.

Еще одна догадка сводится к отнесению рассматриваемого уточнения к обстоятельству привлечения третьих лиц, ибо не всякое исполнение обязательства допускается возложить на третье лицо, поскольку это будет противоречить закону или договору. Но и в этой версии нет уверенности, потому что тогда названное уточнение следовало бы поместить в другое место текста разъяснения, чтобы оно не относилось так же и к указанию на личное исполнение. Последняя попытка — увидеть здесь просто указание на то, что оценка объективной невозможности должна учитывать, что обязательство должно быть исполнено в соответствии с законом или договором. Но и она, кажется, терпит фиаско, ибо в таком значении это уточнение бессмысленно, так как всякое исполнение должно осуществляться в соответствии с законом или договором. Напряженность в правильном усвоении пресловутого уточнения в значительной степени ослабляется тем простым заключением, что любой из рассмотренных выше вариантов его понимания не должен приводить к ошибке. Опасность может лишь представлять ускользнувший подлинный смысл уточнения, ибо неясно, что из этого нашего упущения последует.

- (г) Важно обратить внимание еще на одну деталь. Пленум обсуждает объективную невозможность исполнения обязательства в контексте соответствующих обстоятельств на стороне должника, т.е. речь идет о невозможности исполнения не по обязательству вообще, а о невозможности исполнения обязанности только должником. Конечно, с точки зрения актуальности это наиболее распространенное развитие событий, но не единственное. В связи с этим уместно опять затронуть вопрос о структуре обязательства, который непосредственного отношения к тексту разъяснения не имеет.

Конечно, когда обсуждается прекращение обязательства невозможностью исполнения, прежде всего рассуждают о прекращении обязанности должника. Но ст. 416 ГК посвящена не прекращению обязанности должника, а прекращению обязательства в узком смысле, которое включает в себя и кредиторские обязанности. Невозможность исполнения прекращает обязательство целиком, со всеми его элементами, т.е. прекращается притязание кредитора, долг его контрагента, а также кредиторские обязанности, ибо они оказываются беспредметными. Тут же надо заметить, что обязательство может прекратиться невозможностью исполнения, которая возникла на стороне кредитора. Например, по обязательству выполнить ремонтные работы наступает невозможность исполнения в связи с гибелью объекта ремонта, допустим неисправной вещи. Должник по-прежнему не утратил своих навыков, у него есть все инструменты и материалы — одним словом, он готов работать. Вот только кредитор свою кредиторскую обязанность предоставить вещь для ремонта исполнить уже не может.

Это еще раз показывает, что исполнение обязательства — это процесс, в который вовлечены обе стороны, это всегда взаимодействие сторон, и сводить его только к действию должника по обязательству — значит допустить фундаментальную ошибку в теории обязательственного права. Что же касается критерия объективной невозможности исполнения обязательства, то он универсален и применим также и к тем случаям, когда невозможность исполнения обязательства обнаружи-

ваются на стороне кредитора, а не должника, что Пленум в своем разъяснении не затронул, видимо, по причине незначительности этих случаев для практики.

- (д) Указание Пленума на невозможность исполнить обязательство в соответствии с договором дает повод рассмотреть категорию экономической невозможности исполнения обязательства. Хотя вряд ли Пленум столь лаконичным образом попытался раскрыть здесь понятие так называемой экономической невозможности. Тем не менее можно попытаться найти опору для указанной категории в этом разъяснении, имея в виду, что экономическая невозможность обосновывается тем, что необходимое исполнение не соответствовало бы закону или договору. Экономическая невозможность исполнения в законе не раскрывается, а доминирующее воззрение доктрины относит к этой разновидности ремиссионной невозможности исполнения обязательства такие случаи, когда фактически исполнить обязательство возможно, но экономически это по воззрениям оборота с очевидностью настолько нецелесообразно, что приравнивается к фактической невозможности. Иными словами, участники оборота не могли бы разумно рассчитывать, что соответствующее обязательство может исполняться столь затратным образом, такое исполнение не соответствовало бы закону или договору. Хрестоматийным примером является дешевое колечко, упавшее в водоем. Его можно осушить или нанять водолазов для отыскания кольца на дне, но это настолько затратно, что здравый смысл призывает право признать обязательство по передаче этого объекта прекратившимся невозможностью исполнения. Вопрос о том, где проходит грань между экономической невозможностью исполнения обязательства, влекущей прекращение обязательства, и доктриной *clausula rebus sic stantibus*, требует отдельного и обстоятельного рассмотрения и в данном предварительном комментарии не затрагивается.

**38. Наступление обстоятельств непреодолимой силы само по себе не прекращает обязательство должника, если исполнение остается возможным после того, как они отпали. Сторона освобождается от возмещения убытков или уплаты другой стороне неустойки и иных санкций, вызванных просрочкой исполнения обязательства ввиду непреодолимой силы (статьи 401, 405, 406, 417 ГК РФ).**

Договор может предусматривать специальные правила о прекращении обязательств на случай возникновения обстоятельств непреодолимой силы, например об автоматическом прекращении договорных отношений при наличии указанных обстоятельств либо о прекращении договорных отношений по истечении определенного срока с момента возникновения указанных обстоятельств (статья 421 ГК РФ).

## Комментарий

- (а) В этом пункте можно усмотреть обращение Пленума к одному из условий прекращения обязательства невозможностью исполнения, введенному в п. 36 постановления: неустранимый (постоянный) характер обстоятельства, влекущего ремиссионный эффект. Первое предложение полностью дублирует ранее сделанное Пленумом разъяснение в отношении ответственности за нарушение обязательств (см. сноску к п. «а» комментария к п. 36 постановления).

В разъяснении фигурирует понятие «непреодолимая сила», которое необходимо соотносить с понятием «невозможность исполнения». Являются ли они тождественными? Если взять эти понятия изолированно, то может создаваться впечатление об их идентичности по смыслу. Если имеется непреодолимая для исполнения обязательства сила, то обязательство невозможно исполнить. Если обязательство невозможно исполнить по обстоятельствам, не зависящим от воли или действий должника (см. п. 37 постановления), стало быть, это и есть непреодолимая для него сила. Однако это впечатление ложное. И дело тут не в том, носит ли непреодолимая сила неустранимый (постоянный) характер.

Соединение понятия непреодолимой силы и такого основания прекращения обязательства, как невозможность исполнения, методологически является не самым удачным приемом. Дело в том, что если первое используется в обязательственном праве для разрешения вопросов об ответственности (п. 3 ст. 401 ГК), то второе — для разрешения вопросов о прекращении обязательства. Самым общим образом можно сказать, что не всякая даже постоянная непреодолимая сила прекратит обязательство невозможностью исполнения, равно как не всякая невозможность исполнения возникает вследствие непреодолимой силы. Пленум совершенно логично ввел критерий неустранимости (постоянности) невозможности исполнения, но необоснованно заузил в комментируемом пункте свое разъяснение до непреодолимой силы. Иными словами, более точное понимание существа дела таково: при объективной неустранимой (постоянной) невозможности исполнения обязательства последнее прекращается независимо от того, имеются ли обстоятельства непреодолимой силы, если ни одна из сторон не отвечает за это или не несет риск такой невозможности. Это и есть правильный синтез основных положений п. 36–38 постановления. Риски неверных выводов при соотношении непреодолимой силы и невозможности исполнения обязательства могут возникать и вследствие того, что сопоставляются разнопорядковые понятия. Непреодолимая сила — это уважительная причина неисполнения обязательства, а невозможность исполнения обязательства — это не причина, а результат некоторого обстоятельства, которое может быть самым различным.

Путаница возникла из-за того, что была предпринята попытка соединить в одном разъяснении вопросы прекращения обязательства и ответственности по обязательству. Действительно, эти вопросы соединяются на практике при рассмотрении соответствующих споров и требуют ответов. Но задача юридического метода в том и заключается, чтобы произвести анализ этих вопросов без смешения различных институтов. Если прекращение обязательства невозможностью исполнения соединяется с непреодолимой силой, риски наступления которой никем на себя не приняты, то ответственность за нарушения по обязательству никто не несет. Непреодолимая сила прекратит обязательство невозможностью исполнения, если только за наступление этого обстоятельства не отвечает соответствующая сторона. Невозможность исполнения обязательства, не являющаяся следствием действия непреодолимой силы, также прекратит обязательство по правилам ст. 416 ГК.

Вообще до конца остается неясным, зачем Пленум перешел от обсуждения такого основания прекращения обязательств, как невозможность исполнения, к такому основанию освобождения от ответственности, как непреодолимая сила, особен-

но учитывая, что первое предложение есть клон уже имеющегося разъяснения<sup>70</sup>. Если задача заключалась в том, чтобы обратить внимание судей на такой феномен, как **временное** препятствие к исполнению, то этот темпоральный аспект может возникать как в отношении непреодолимой силы, так и в отношении любого иного затруднения в исполнении, которое обнаруживается не по причине непреодолимой силы (допустим, потому что не является чрезвычайным обстоятельством). Ни одно, ни другое явление прекращения обязательства не влечет. Может быть, имелось в виду показать, что, хотя временное объективное затруднение в исполнении обязательства и не приводит к его прекращению, это не означает, что соответствующее лицо несет ответственность за неисполнение, чему и посвящено второе предложение первого абзаца. То есть наступают последствия, схожие с теми, которые имеют место при прекращении обязательства невозможностью исполнения, если соответствующая сторона не отвечает за обстоятельство, повлекшее невозможность. Но важно также учитывать, что временная непреодолимая сила по общему правилу освободит должника от ответственности, но не прекратит обязательство.

- (б) Надо обратить внимание и на саму характеристику непреодолимой силы, коль скоро она оказалась вовлеченной в тематику прекращения обязательств. В судебной практике обстоятельства непреодолимой силы характеризуются как обстоятельства, находящиеся вне разумного контроля стороны; объективно непредотвратимые; не относящиеся к обычному коммерческому риску; разумно непредвидимые; исходящее извне, а не от стороны; выходящие за пределы нормального, обыденного; исключительные и т.п.<sup>71</sup> Легко заметить, что далеко не всякая невозможность исполнения обязательства отвечает названным критериям.

Замена одного понятия (невозможность исполнения) на другое (непреодолимая сила) не должно оказать существенного негативного влияния на практику, поскольку соединение непреодолимой силы и невозможности исполнения обязательств смягчаются тем обстоятельством, что в обязательственном праве должно учитываться, отвечает ли та или иная сторона за возникновение соответствующих обстоятельств, повлекших как те (непреодолимая сила), так и другие (невозможность исполнения) последствия. Дело в том, что имеются основания для разграничения самой непреодолимой силы и вызвавших ее причин. Действие непреодолимой силы — внешнее явление по отношению к обязательству, но причины ее возникновения могут быть связаны с действиями стороны обязательства. Иначе придется говорить об относительной непреодолимой силе, когда для одних она будет таковой, а для других нет. Если, скажем, сам должник породил обстоятельство непреодолимой силы (допустим, техногенную катастрофу), кажется совершенно несправедливым освободить его от ответственности, хотя сама техногенная катастрофа — сила непреодолимая и внешняя по отношению к обязательству. Ровно так же, если действия должника привели к невозможности исполнения обязательства, должник подлежит ответственности за неисполнение. Впрочем, указанное разграничение подлежит более обстоятельному исследованию и обоснованию.

<sup>70</sup> Наступление обстоятельств непреодолимой силы само по себе не прекращает обязательство должника, если исполнение остается возможным после того, как они отпали (п. 9 постановления № 7).

<sup>71</sup> См., напр.: п. 8 постановления № 7; постановления Президиума ВАС РФ от 21.06.2012 № 3352/12, от 20.03.2012 № 14316/11, СКЭС ВС РФ от 24.03.2015 № 306-ЭС14-7853.



- (в) Возвращаясь непосредственно к анализу текста разъяснения, надо заметить, что такое условие прекращения обязательства невозможностью исполнения, как неустранимость, введенное в п. 36 постановления, в данном пункте не раскрывается, а, напротив, в некотором смысле по словесной видимости исчезает, поскольку упоминается только постоянная невозможность. Но если обратиться к сути явлений, то никакого исключения этого *conditio juris* на самом деле нет. Поскольку Пленум от невозможности исполнения перешел к непреодолимой силе, он, видимо, не стал упоминать здесь критерий неустранимости, ибо он обнимается самим понятием непреодолимой силы. Если препятствующее исполнению обязательства обстоятельство устранимо, то оно не может быть отнесено к непреодолимой силе.
- (г) Отождествление в п. 36 постановления критериев неустранимости и постоянности («неустранимый (постоянный) характер») может вызывать сомнения, поскольку это разные явления. В контексте комментируемого пункта они были бы вполне понятны, но тут они как раз не приводятся. Вообще снабжать понятие невозможности исполнения характеристикой неустранимости кажется избыточным, так как если какое-то препятствие к действию устранимо, то оно никак не может повлечь невозможность этого действия. Всякое невозможное действие потому таковым и является, что устранить препятствие к его совершению невозможно. Поэтому требуется правильное восприятие и применение указанных критериев к прекращению обязательства невозможностью исполнения. По смыслу абз. 1 комментируемого пункта, границы которого, как показано выше, следует расширить до невозможности исполнения обязательства вообще, а не только обращаться к непреодолимой силе, можно заключить, что если невозможность исполнения обязательства представляет собой устранимое для исполнения препятствие, то это обстоятельство вовсе не является той невозможностью, которая прекратит обязательство. Поэтому неустранимость (постоянность) становится понятной, когда мы обсуждаем временную невозможность исполнения. Временное препятствие к исполнению невозможностью исполнения не является именно потому, что оно устранимо с истечением некоторого времени. Препятствие устраняет время, а то, что время не устраняет, становится постоянным препятствием. Однако не все так просто.

Временное препятствие к исполнению, независимо от того, относится ли оно в остальном (содержательно) к непреодолимой силе или нет, обязательство не прекращает. Но здесь надо учитывать, влечет ли такое препятствие нарушение условий обязательства. Если нет, то оно не воздействует на правоотношение сторон, если иное не следует из обстоятельств дела. Если временное препятствие влечет нарушение условий обязательства, то соответствующая сторона может прибегнуть к защите своих прав или законных интересов. Например, судебная практика исходит из того, что кредитор в таком случае вправе отказаться от договора, если имеются обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок (п. 2 ст. 328 ГК)<sup>72</sup>, или если кредитор вследствие просрочки должника утратил интерес в исполнении (п. 2 ст. 405 ГК)<sup>73</sup>. Иными словами, поскольку временное препятствие не представляет собой случай невозможности исполнения, соответствующее основание прекращения обязательства (ст. 416 ГК) не применяется, а правоотношения сторон обсуждаются по

<sup>72</sup> См.: п. 57 постановления от 22.11.2016 № 54.

<sup>73</sup> См.: п. 9 постановления № 7.

другим релевантным правилам. Получается, что рассматриваемое разъяснение не относится к той теме, которой оно посвящено, — прекращению обязательства невозможностью исполнения. Но этим дело не исчерпывается.

- (д) Некоторую сложность могут представлять определенные обстоятельства, по характеру которых нельзя с уверенностью утверждать, являются они постоянными или временными. Например, компетентный орган принимает решение о запрете, скажем, ввоза определенного импортного товара без указания срока запрета. С философской точки зрения, а также учитывая исторический опыт, все это временно. Но для практических целей значение имеет не такой масштаб квалификации явления, а более приземленный. Здесь необходима оценка соотношения обстоятельства, влекущего невозможность исполнения, со сроками исполнения обязательства. Пленум анализирует ситуацию ретроспективно: обязательство не прекращается, если исполнение остается возможным *после того*, как препятствующие обстоятельства *отпали*.

Но что если препятствие уже возникло и неизвестно, отпадет оно или нет? Если по здравому рассуждению и представлениям оборота есть основания полагать, что препятствие к исполнению не отпадет в период, когда исполнение все еще будет сохранять интерес для кредитора, можно было бы признать обязательство прекратившимся невозможностью исполнения. Однако тут не все так просто, поскольку если вернуться к приведенному примеру и представить, что соответствующий орган отменит свой запрет, то в силу п. 3 ст. 417 ГК обязательство не считается прекращенным. Также и по рассматриваемому разъяснению оказывается, что отпадение препятствий к исполнению обязывает должника исполнять. Получается, последний вплоть до наступления срока исполнения должен нести расходы, издержки и риски, связанные с подготовкой исполнения, пребывая в неизвестности, случится указанное отпадение или нет. Можно легко помыслить пример и с фактической, а не с юридической невозможностью исполнения обязательства. Допустим, произошел прорыв плотины, в связи с чем единственная дорога к покупателю товара оказалась затоплена водой и недоступна для проезда. На плотине ведутся аварийно-восстановительные работы, и никто не может с уверенностью сказать, когда сойдет вода и в каком состоянии окажется дорога. Ситуации не выглядят вполне удовлетворительными для интересов должника.

Другая особенность налицо в ситуации, когда соответствующее обстоятельство точно не является постоянным препятствием к исполнению. Например, обязательство предусматривает совершение задолженного действия к строго определенному сроку, компетентный орган вводит временный запрет на совершение таких действий, однако его окончание находится за пределами указанного срока. Обязательство прекращается юридической невозможностью исполнения. Следовательно, суждение о постоянной объективной невозможности исполнения, которая только и может прекратить обязательство, оказывается ложным. Получается, что и временная невозможность исполнения, и временная непреодолимая сила — понятия относительные, ибо для одного обязательства они и вправду могут быть временными, а для другого — вполне себе постоянными.

- (е) Второе предложение первого абзаца комментируемого пункта об освобождении от ответственности уместно для непреодолимой силы. Если же обязательство не пре-

кратилось по основанию невозможности его исполнения и было тем или иным образом нарушено, то эти нарушения обсуждаются вне контекста ст. 416 ГК, поскольку они к ней не имеют отношения. Справедливо и обратное: если обязательство прекратилось невозможностью исполнения, то независимо от того, имеет ли место непреодолимая сила, ответственность не применяется, так как нарушить здесь нечего — обязательство прекратилось.

Что касается текстуального анализа этой части разъяснения, то оно обнаруживает недостаток в том смысле, что упоминает об освобождении от ответственности только за просрочку. Ясно, что в силу п. 3 ст. 401 ГК лицо не несет ответственности за любое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, если докажет, что его причиной являлись обстоятельства непреодолимой силы. Этот недостаток, видимо, представляет собой следствие трансляции схожих неточных положений из разъяснения об ответственности, где, в частности, устанавливалось, что должник не отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой исполнения обязательств вследствие наступления обстоятельств непреодолимой силы<sup>74</sup>.

- (ж) Также следует обратить внимание на встречающееся в законодательстве и используемое Пленумом, в том числе в комментируемом фрагменте разъяснения, выражение *«освобождение от ответственности»*. Эту фигуру речи важно правильно понимать с юридической точки зрения. Строго говоря, освободить кого-то от чего-то можно только тогда, когда это что-то существует. Все свободно от несуществующего уже только потому, что этой сущности просто нет. Применительно к ответственности в п. 3 ст. 401 ГК законодатель выражается более точно. Лицо либо несет ответственность, либо не несет. В данной статье законодатель обоснованно не использует термин *«освобождение от ответственности»*. Дело в том, что в правоотношениях вообще и в охранительных отношениях в частности разграничиваются два феномена: когда отношение возникло, но преобразуется судом, — здесь можно говорить об освобождении (например, уменьшение неустойки на основании ст. 333 ГК), и когда отношение вообще не возникло, а мнимый управомоченный ошибочно считал, что оно есть. В последнем случае говорить об освобождении не вполне точно. Скажем, кредитор счел, что обязательство нарушено, и потребовал возместить убытки, но суд установил, что нарушения не было. Нельзя же сказать, что суд тем самым освободил должника от ответственности, — он и до этого не состоял в охранительном отношении.
- (з) Второй абзац комментируемого пункта также относится к обстоятельствам непреодолимой силы, а не к прекращению обязательства невозможностью исполнения, и к тому же речь в нем идет о прекращении договорных отношений в целом, а не обязательства в узком смысле. Здесь Пленум на основании принципа свободы договора утверждает, что договором можно предусмотреть специальные правила о прекращении обязательств на случай возникновения обстоятельств непреодолимой силы. В качестве примера приводятся два случая: 1) автоматическое прекращение всего договорного правоотношения при наступлении таких обстоятельств; 2) его прекращение по истечении определенного срока с момента возникновения указанных обстоятельств.

<sup>74</sup> См.: п. 9 постановления № 7.

Надо заметить, что обстоятельство непреодолимой силы, влекущее невозможность исполнения обязательства, прекратит обязательство независимо от таких договоренностей. Последствие первого случая для соответствующего обязательства в узком смысле в подобной ситуации наступит не по причине договоренности, а в силу действия правопорядка — ст. 416 ГК. Последствие второго случая для соответствующего обязательства в узком смысле в данной ситуации наступить не может. То, что доступно законодателю, — фингированное сохранение в силе невозможного к исполнению обязательства для целей привлечения лица к ответственности, недоступно сторонам. Обратное означало бы допустить возможность установления юридической связанности договором о заведомо невозможном. Если наступит заведомо постоянная объективная невозможность исполнения, обязательство прекращается сразу же, а не по истечении какого-то времени. Свобода договора предоставляет огромные возможности, но не освобождает от здравого смысла. Как такая договоренность о сроках прекращения обязательства может повлиять на последствие непреодолимой силы, которая, например, уничтожила задолженную уникальную вещь? Чтобы констатировать прекращение обязательства в узком смысле согласно названной договоренности, надо будет выждать какое-то время? А зачем, вещь ведь не воскреснет?

Значит, все указанное Пленумом если и может иметь правовое значение, то не для всего договорного отношения, как отмечено в разъяснении, а только для другого встречного обязательства, которое не затрагивается непреодолимой силой. Но влиянию прекращения одного обязательства в синаллагматических обязательствах посвящено следующее разъяснение, а не комментируемое. Договариваться о последствиях невозможности исполнения обязательства, включая непреодолимую силу, в договорах, не являющихся синаллагматическими, также кажется бессмысленным. Например, если обязательство наймодателя в договоре стало невозможным к исполнению, опять же когда, скажем, вещь случайно погибла, то договорное отношение прекратится также в силу правопорядка и соглашение об автоматическом прекращении договора тут просто не нужно. Также не имеет смысла выжидать какое-то время после гибели вещи, ибо дожидаться опять же нечего. Поэтому второй абзац разъяснения следует воспринимать сдержанно, так как для заведомо постоянной объективной невозможности исполнения он является, осторожно выражаясь, не вполне корректным.

Данный абзац вполне подошел бы к такому феномену, о котором сказано в первом абзаце, — *временной* невозможности исполнения, поэтому, быть может, в разъяснении просто допущена опечатка, т.е. имелись в виду допустимые договоренности на случай возникновения именно таких обстоятельств, когда исполнение остается возможным после того, как обстоятельства непреодолимой силы отпали. Чтобы устранить неопределенность в своих отношениях, стороны могут предусмотреть приведенные в разъяснении условия. Возможно, надо исходить из того, что весь комментируемый пункт посвящен только временной невозможности, а текст второго абзаца хотя и отделен от первого абзаца, но тем не менее связан с ним. Это можно обосновать тем, что по структуре данного пункта видно, что в первом абзаце расположено общее правило, а во втором в отношении тех же обстоятельств говорится о специальных договорных правилах.

- (и) Теоретически договор может предусматривать не приведенные специальные правила о прекращении обязательств на случай возникновения обстоятельств непре-

одолимой силы или иной невозможности исполнения обязательства, а условия, определяющие действия сторон после прекращения обязательства. Естественно, это, видимо, реалистично для тех случаев, когда наступление того или иного обстоятельства можно разумно предвидеть и соотнести его с программой обязательства, учитывая при этом, на какой стадии развития обязательственного отношения такие обстоятельства возникнут и каким будет имущественное соотношение сторон к этому моменту.

У сторон есть и другая возможность договорного реагирования на возможное возникновение обстоятельств невозможности исполнения — это определение последствий наступления риска невозможности исполнения обязательства в пределах, допускаемых законом. Но эти соглашения ничего не могут сделать с самой невозможностью исполнения, ибо она объективна, никакого исполнения в любом случае не произойдет. Речь можно вести только о других возможных действиях, которые стороны договорились совершить после наступления соответствующего обстоятельства, или о негативных последствиях, которые они договорились претерпеть тем или иным образом. Иными словами, речь идет о договорном управлении гражданско-правовыми рисками посредством их возложения в соответствии с законом на ту или иную сторону в том или ином объеме при тех или иных обстоятельствах. Договор может предусматривать, что при наступлении невозможности исполнения обязательства соответствующая сторона обязана совершить определенные действия в пользу другой стороны. Такие договоренности, например, могут быть достигнуты в соглашении о возмещении потерь (п. 1 ст. 406.1 ГК). Сложный вопрос здесь состоит в том, где пролегает граница свободы усмотрения сторон для принятия риска наступления невозможности исполнения с учетом каузы того или иного обязательства. Ответ на него требует обстоятельного доктринального исследования, которое еще предстоит проделать нашей науке.

**39. По общему правилу, если обязанность одной стороны прекратилась невозможностью исполнения согласно пункту 1 статьи 416 ГК РФ, то прекращается и встречная обязанность другой стороны (пункт 1 статьи 328 ГК РФ). Исключения составляют случаи, когда на стороне лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения ее обязанности, несмотря на то, что встречная обязанность прекратилась (риск неполучения встречного предоставления), и (или) в виде наступления обязанности возместить убытки (риск убытков).**

## Комментарий

- (а) В теории обязательственного права принято считать, что меновый характер sinalлагматического обязательства (*do ut des*), помимо прочего, влечет прекращение противостоящего обязательства, если другое обязательство прекращается невозможностью исполнения. Синаллагма в этом случае разрушается, поскольку одно предоставление находит более опоры в другом предоставлении. При этом, возможно, мы здесь имеем дело с частным случаем более широкого явления отпадения каузы сделки, что требует более глубокого осмысления. Например, если по договору купли-продажи индивидуально-определенной вещи последняя погибает, то обязательство по ее передаче в собственности прекращается невозможностью исполнения и, следовательно, прекращается обязанность покупателя по ее оплате. Это, видимо, настолько очевидно и естественно, что наш законодатель не озабо-

тился никаким позитивным установлением на этот счет. Формально-юридически закон содержит пробел, который и заполнен Пленумом с нормативной опорой на п. 1 ст. 328 ГК. Это же разъяснение опровергает ошибочное суждение о том, что п. 1 ст. 416 ГК, в отличие от других оснований прекращения обязательств, распространяется на обязательство в широком смысле, а не в узком. Если бы это было так, необходимости в комментируемом разъяснении не было бы.

Еще интересно отметить такой нюанс: Пленум говорит о прекращении обязательства, непосредственно не затронутого невозможностью исполнения, ссылаясь на ст. 328 ГК, которая ни о каком прекращении никаких положений не устанавливает. Действительно, это следствие учения о синаллагме, а не закона, но теперь позитивное право усилиями создателей постановления пополнилось новым теоретически обоснованным содержанием, что весьма отраднo. Практическое же последствие такого подхода заключается в том, что соответствующая сторона не имеет необходимости заявлять о приостановлении исполнения обязательства или отказываться от него, ибо в момент прекращения обязательства одной стороны происходит немедленное прекращение обязательства другой стороны, как и при квантовой запутанности в физике.

- (б) Нужно обратить внимание на несколько тонкостей этого разъяснения. Пленум устанавливает, что предусмотренное им последствие наступает при прекращении **обязанности** невозможностью исполнения. Как уже отмечалось, российская неаккуратность в терминологии повсеместна — и юристы, и законодатель, и юрисдикционные органы называют обязательство обязанностью, а обязанность обязательством, равно как обязательством можно назвать и договор, и внедоговорное отношение. Тем не менее когда упоминается прекращение обязанности в рассматриваемом контексте, это не вполне точно, хотя и отвечает наиболее распространенным случаям на практике. Как уже неоднократно отмечалось, ремиссионный институт обязательственного права регулирует прекращение обязательств в узком смысле. Последние представляют собой не обязанность одной стороны, а правоотношение, которое предусматривает взаимодействие обеих сторон, а не действие только одной из них — должника. Поэтому невозможность исполнения обязательства может возникнуть как на стороне должника, так и на стороне кредитора (см. уже приводившийся в комментарии к предыдущему пункту пример гибели подлежащей ремонту вещи). Отсюда вывод: использованный в разъяснении термин «обязанность» следует понимать в значении «обязательство». Кстати сказать, п. 1 ст. 328 ГК, на который Пленум ссылается в обоснование своего вывода, термином «обязанность» не оперирует, используется понятие «обязательство».

Еще один момент, который надо учитывать, связан с употреблением термина «встречная обязанность». Дело в том, что из текста ст. 328 ГК следует, что встречное обязательство потому так и называется, что исполняется навстречу, т.е. после исполнения обязательства другой стороной. Обычно дело именно так и обстоит, синаллагматические обязательства исполняются таким образом, что сначала осуществляется предоставление одной из сторон, а затем — встречное исполнение. Получается, что встречное исполнение — это всегда последующее исполнение, т.е. второе по очереди. Абсолютно одновременное исполнение, наверное, возможно (например, где-нибудь в смарт-контрактах), но не очень широко развито. Даже

в розничной торговле за наличные можно увидеть, что либо продавец первым передаст товар в руки покупателя, а потом получит оплату, либо это происходит обратным порядком. В коммерческой практике также наблюдается эта очередность. Договоры предусматривают, что сначала осуществляется предшествующее (первое) предоставление, а затем встречное (последующее) предоставление другой стороной. Отсюда и потенциал п. 2 ст. 328 ГК: если предшествующее исполнение не сделано, то встречное исполнение может быть приостановлено или обязанность по его осуществлению может и вовсе прекратиться односторонним отказом другой стороны.

Тем не менее в разъяснениях, посвященных исполнению обязательств, Пленум считает, что встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств, вне зависимости от того, предусмотрели ли стороны очередность их исполнения<sup>75</sup>. Получается, что встречным исполнением можно именовать задолженные действия как одной стороны, так и другой, как это следует не из ст. 328, а из п. 1 ст. 423 ГК, согласно которому договор, по которому сторона должна получить плату или иное *встречное предоставление* за исполнение своих обязанностей, является возмездным. Иными словами, для sinalлагматического обязательства неважно, какое именно обязательство прекратилось невозможностью исполнения — то, которое предусматривалось как предшествующее или последующее, потому что другое обязательство также прекратится. Более того, такое же последствие наступит, если обязательство не предусматривает никакой последовательности исполнения обязательств сторонами.

- (в) Еще один важный аспект надо отметить для такого обязательства в широком смысле, как двусторонняя реституция. Выше уже указывалось, что отнесение этого отношения к sinalлагматическим является спорным. Если же это воззрение возобладает и реституционное отношение будет квалифицироваться как sinalлагматическое, надо будет учесть его особенность и заключить, что комментируемое разъяснение Пленума к нему в соответствующих случаях применяться не может. Это объясняется тем, что в двусторонней реституции не может случиться невозможности исполнения обязательства, поскольку если, скажем, обязательство по возврату полученной индивидуальной вещи прекратится невозможностью его исполнения (например, по причине ее гибели), то это обязательство в ту же юридическую секунду заменится на другое — по уплате ее стоимости (преемство или замещение обязательств), а обязательство платежа теоретически не может стать объективно невозможным к исполнению.
- (г) Первое предложение разъяснения касается того случая, когда невозможность исполнения одного из обязательств в sinalлагматическом обязательстве возникла в условиях, когда ни одно из обязательств не исполнено. Но sinalлагматический характер проявится и в том случае, когда обязательство одной стороны исполнено, а обязательство другой стороны прекращается невозможностью исполнения. Проявление это, однако, другого вектора — лицо, чье обязательство прекратилось, теряет правовое основание для сохранения полученного и обязано его вернуть. Здесь мы выходим в сферу дискуссионного вопроса квалификации этой обязанно-

<sup>75</sup> См.: п. 57 постановления от 22.11.2016 № 54.

сти (является ли она ликвидационной стадией обязательства или кондикционным обязательством), но эта тема совсем уже отдаляется от вопросов прекращения обязательств и поэтому в данном комментарии раскрыта не будет. Возможно, Пленум не коснулся этого аспекта в рассматриваемом пункте потому, что он про возникновение обязательства, а не про их прекращение.

- (д) Пленум вслед за доминирующим взглядом теории провозглашает ремиссионное единство судьбы предоставлений для sinalлагматических обязательств. Но означает ли это, что для обязательств по односторонним договорам невозможность исполнения обязательства не повлечет прекращения всего обязательства в широком смысле? Выше уже приводился пример с договором найма. Если вещь погибнет, то станет невозможным ни ее предоставление, ни ее возврат, ни пользование ею. Это соображение дает основания задуматься над более широким значением наступления невозможности исполнения обязательства. Самым общим образом, *prima facie* можно выдвинуть суждение о том, что при ремиссионной невозможности исполнения обязательства все правоотношение сторон прекращается, если оно более не может достичь своей юридической цели. Отсюда также возникает вопрос о том, какое влияние оказывает ремиссионная невозможность исполнения второстепенных обязательств в узком смысле. В силу бесчисленного числа возможных комбинаций и взаимосвязей между основным предоставлением и дополнительными обязательствами общим принципом, наверное, может служить соображение о необходимости защиты интересов кредитора во всем правоотношении. Если дополнительные обязательства имеют существенное значение для кредитора, надо предоставить ему право отказаться от всего основного обязательства, т.е. прекратить своим отказом все правоотношение в целом.
- (е) Ремиссионное единство юридической судьбы sinalлагматических обязательств сформулировано Пленумом как общее правило, а исключения из него изложены во втором предложении комментируемого пункта. Как видно, эти исключения поделены на два вида — риск неполучения встречного предоставления и риск убытков.

Первая категория риска раскрывается в сохранении обязанности несмотря на то, что встречная обязанность прекратилась, а вторая — в наступлении обязанности возместить убытки.

К сожалению, Пленум не приводит примеров для лучшего понимания этого достаточно абстрактного разъяснения. Попробуем протестировать его на примере классической sinalлагмы, т.е. на купле-продаже.

Допустим, стороны во изменение п. 1 ст. 459 ГК договорились о том, что риск случайной гибели товара переходит к покупателю в момент заключения договора купли-продажи товара. Товар случайно погиб до наступления срока его передачи покупателю. Обязательство продавца передать товар покупателю прекратилось невозможностью исполнения, за которую никто не отвечает. Покупатель обязан к оплате товара. Согласно разъяснению этот случай, видимо, подпадает под первый вид риска — риск неполучения встречного предоставления. Покупатель обязан оплатить товар, который он никогда не получит. Здесь считается, что товар утрачен в лице покупателя, а не в лице продавца.



Второй вид риска должен охватывать ситуацию, когда обязательство одной стороны прекратилось невозможностью исполнения, а обязательство другой стороны в исключение из общего правила преобразуется в обязанность возместить убытки (риск убытков), хотя получается, что обязательство другой стороны все же прекратилось. В качестве общего соображения необходимо отметить, что смещение анализа невозможности исполнения обязательства от аспекта ответственности к категории риска объясняется тем, что под ответственностью сторон («...за которое ни одна из сторон не отвечает») на самом деле кроется явление более широкого свойства. Правильно было бы выразить идею ст. 416 ГК несколько иначе, например в том смысле, что обязательство прекращается невозможностью исполнения, если только последствия этой невозможности не ложатся на одну из сторон. В таких случаях принято говорить, что риск соответствующих последствий (в данной ситуации невозможности исполнения) лежит (скажем, в силу закона) на соответствующей стороне или сторона приняла на себя (например, по договору) риск наступления таких последствий. Поэтому в этой области речь идет не об ответственности (допустим, обязанности возместить убытки), а о том, к примеру, что сторона, на которой лежит риск последствий, не получит предоставления по взаимному обязательству.

Сложность заключается в том, что замена предоставления в синаллагматическом отношении обязанностью возмещать убытки (риск возмещения убытков) вообще кажется сомнительной по принципиальным соображениям, поскольку первое относится к регулятивному отношению, а второе — к правоохранительному.

Какой случай можно подобрать к синаллагматическому правоотношению, когда обязательство одной стороны прекратится невозможностью исполнения, а обязательство другой стороны преобразуется в обязанность возместить убытки? Допустим, по договору аренды арендатор уничтожает арендуемую вещь. Обязательство арендодателя обеспечить владение вещью арендатором прекращается невозможностью исполнения, а встречное обязательство арендатора уплачивать арендную плату преобразуется в обязательство возместить убытки. Возможно, Пленум имел в виду подобные случаи рисков убытков в п. 39 постановления. Важно только отметить, что на самом деле никакого преобразования здесь нет, просто возникает новое охранительное обязательство — возместить убытки, а регулятивное обязательство по уплате арендной платы прекращается, поскольку нет предоставления, за которое можно было бы платить.

**40. По общему правилу, риск наступления невозможности исполнения несет сторона обязательства, находящаяся в просрочке (статьи 405, 406 ГК РФ). В этом случае правоотношения сторон не прекращаются, и наступление невозможности исполнения обязательства в натуре не исключает обязанности стороны, находящейся в просрочке, возместить причиненные убытки (риск убытков).**

**В силу статей 405, 1064 ГК РФ причинитель вреда несет риск наступления невозможности возместить вред в натуре с момента совершения правонарушения и остается обязанным возместить убытки.**

**Положениями об отдельных видах договоров, например статьями 459 и 705 ГК РФ, могут быть предусмотрены специальные правила о последствиях невозможности исполнения обязательства и о моменте перехода рисков ее наступления.**

## Комментарий

- (а) Как уже указывалось выше, в соответствующих случаях законодатель сохраняет обязательство в силе, несмотря на то что оно оказалось объективно невозможным к исполнению. Этот искусственный прием требуется не для того, чтобы обязанное лицо совершило невозможное действие, а для того, чтобы констатировать его ответственность за неисполнение обязательства. Классическим случаем возложения риска невозможности исполнения обязательства является просрочка (*mora*). Правопорядок таким образом стимулирует обязанное лицо не впадать в просрочку, ибо наступившая во время нее случайная невозможность исполнения обязательства не прекращает это обязательство. Римляне в таком случае говорили об увековечивании обязательства (*perpetuatio obligatio*). Конечно, это образное выражение, так как, допустив просрочку, лицо сможет освободиться от правовой связи с контрагентом даже при наступившей затем невозможности исполнения, если компенсирует потери другой стороны или если волею случая этих потерь не возникнет вовсе.

Прежде всего надо отметить, что Пленум отходит от заданной в предыдущем пункте модели, ведь там речь идет о рисках той стороны, встречное обязательство которой не прекратилось невозможностью исполнения, а в данном пункте говорится уже о других ситуациях. Пленум указывает на эти случаи в общих положениях обязательственного права — просрочка должника (ст. 405 ГК) и просрочка кредитора (ст. 406 ГК). Легко увидеть, что если норма о просрочке должника прямо устанавливает его ответственность за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения (п. 1 ст. 405 ГК), то положение о просрочке кредитора (ст. 406 ГК) ничего касательно невозможности исполнения не предусматривает. Получается, что Пленум, видимо, обнаруживает пробел в ст. 406 ГК и восполняет его по аналогии закона (хотя прямо на это не указывается). Действительно, принцип равенства пробуждает чувство симметрии: если просрочивший должник несет риск невозможности исполнения, почему просрочивший кредитор должен освободиться от названного риска? К сожалению, и здесь Пленум не приводит конкретных примеров действия своего разъяснения. Обращает на себя внимание, что просрочку одного лица (должника) и просрочку другого лица (кредитора) он по своей классификации относит к основаниям риска возникновения ответственности, а не риска неполучения встречного предоставления. Но так ли это на самом деле?

Попробуем применить разъяснение к простейшим казусам. Продавец впадает в просрочку по обязательству передать в собственность вещь, после чего последняя случайно гибнет. Покупатель, несмотря на то что обязательство передать вещь в собственность не прекратилось, не имеет права потребовать его исполнения в натуре, но может потребовать возмещения причиненных убытков. Инверсируем просрочку на кредитора. Продавец предлагает покупателю принять в собственность вещь, однако тот впадает в просрочку, после чего вещь случайным образом гибнет. Несмотря на то, что обязательство по передаче вещи не считается прекра-

шенным, потребовать принятия вещи покупателем в натуре теоретически невозможно, но продавец вправе потребовать возмещения причиненных убытков. Но в этом случае, в отличие от предыдущего, если исходить из того, что вещь погибла в лице покупателя, продавец вправе потребовать также и оплаты вещи по оговоренной цене, а не только убытков. Обоснованность различного положения должника и кредитора при наступившей после просрочки невозможности исполнения требует более глубоко исследования.

- (б) Нужно отметить, что введение упомянутой дихотомической классификации (риск неполучения встречного предоставления и риск убытков) не имеет универсального значения, поскольку, как указано Пленумом в этом же пункте разъяснения (последний абзац), особенности последствий наступления невозможности исполнения обязательства могут быть установлены в регламентации отдельных видов договоров (а на самом деле в различных нормах гражданского законодательства вообще).
- (в) Важно обратить внимание, что разъяснение о невозможности исполнения обязательства при просрочке снабжено оговоркой об общем правиле. Отсюда вывод, что риск невозможности исполнения, наступившей после просрочки, не всегда падает на лицо, вставшее в просрочку, — это лишь общее правило. К сожалению, Пленум не приводит примеров исключений из него. Это обостряется тем обстоятельством, что п. 1 ст. 405 ГК буквально сформулирован как не знающий исключения. Пленум исправляет неточность законодателя, но очень уж общим образом. Тем не менее это важный шаг вперед, поскольку одно лишь выражение Пленума «по общему правилу...» уже дает юридические основания спорящим сторонам обосновать необходимость исключения. Теперь на вопрос позитивиста «Где предусмотрены исключения из п. 1 ст. 405 ГК?» имеется ответ «В постановлении Пленума», а это уже сильный аргумент. Одним из наиболее распространенных исключений риска невозможности исполнения для просрочившего должника является доказательство того, что кредитор утратил бы выгоду от исполнения, даже если обязательство было бы исполнено без просрочки. Правда, здесь, возможно, есть основания поискать исключения из исключения, например не освобождать от риска похитителя вещи.

Еще одно исключение можно усмотреть в случае, когда просрочка возникла по обстоятельствам, за которые должник не отвечает. Например, гражданин в обязательстве, не связанном с его предпринимательской деятельностью, впал в просрочку при отсутствии вины (скажем, внезапно заболел), после чего наступила случайная невозможность исполнения. Распространение риска невозможности исполнения на такого должника и в этом случае не представляется обоснованным.

Риск наступления невозможности исполнения обязательства в натуре для причинителя вреда не имеет существенного значения, поскольку риск неопределенности задолженного действия (натуральное или денежное возмещение) проистекает не столько из такого случайного события, как наступившая после причинения вреда невозможность исполнения в натуре, сколько из выбора потерпевшим способа защиты. Последнее следует из ст. 1082 ГК.

Тем не менее во втором абзаце комментируемого пункта Пленум обращается к деликтному обязательству, в котором он обнаруживает риск наступления невоз-

возможности возместить вред в натуре. Согласно п. 1 ст. 405 ГК должник отвечает за последствия случайно наступившей *во время просрочки* невозможности исполнения. Следовательно, нужно установить, когда наступает просрочка причинителя вреда. Ни в ст. 405, ни в ст. 1064 ГК не сказано, с какого момента причинитель вреда обязан возместить причиненный вред, поэтому пытаться обнаружить в них какое-либо указание на этот момент — дело совершенно безнадежное. В случае причинения вреда нарушается право потерпевшего и по указанию закона возникает обязательство по его возмещению. Срок исполнения этого обязательства законом не установлен, в силу внедоговорного характера обязательства договор также этого не делает, хотя последнее в принципе возможно, но широкого применения не имеет. Поэтому ничего не остается, кроме как, опираясь на принцип обеспечения восстановления нарушенных прав (п. 1 ст. 1 ГК), исходить из того, что деликтное обязательство позволяет определить момент его исполнения (п. 1 ст. 314 ГК), установив, что таковым является момент причинения вреда.

Нетрудно заметить, что этот вывод предполагает некоторые девиации от точного значения нормативных положений, но он ничуть не хуже, чем обнаружить указанный момент в силе ст. 405 и 1064 ГК. Какой бы силой они ни обладали, срок исполнения деликтного обязательства они обнаружить не могут. Формально-юридически к деликтному обязательству следовало бы применить п. 2 ст. 314 ГК, но тогда деликвент впадал бы в просрочку только после предъявления к нему требования потерпевшим, да еще и с льготным сроком, что, видимо, расходится с представлениями судей о принципе справедливости, ведь причинитель вреда обычно знает или должен знать, что его действиями причинен вред и он уже обязан его возмещать. Кроме того, в ту же юридическую секунду, в которую причинен вред, у потерпевшего возникает право на иск, что говорит о том, что обязательство имеет качество перфекции, т.е. оно созрело ко взысканию, а значит, срок его исполнения наступил.

Поскольку с момента причинения вреда должник считается находящимся в просрочке, избежать риска невозможности исполнения деликвенту не представляется возможным. Если указанный риск реализуется, то должник остается обязанным возместить убытки. Специфика обязательства по возмещению причинения вреда заключается в том, что оно никогда не может прекратиться невозможностью исполнения так, чтобы должник *совсем* освободился от правовой связи с потерпевшим, что при определенных условиях возможно в договорных обязательствах. Согласно ст. 1082 ГК, удовлетворяя требование о возмещении вреда, суд в соответствии с обстоятельствами дела обязывает лицо, ответственное за его причинение, возместить вред в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т.п.) или возместить причиненные убытки (п. 2 ст. 15). Соответственно, когда обстоятельства дела таковы, что возмещение вреда в натуре невозможно, ответчик присуждается к возмещению причиненных убытков.

Хотя Пленум определяет момент возникновения риска невозможности исполнения обязательства в натуре через указание на момент *правонарушения* (точнее было бы сказать — с момента причинения вреда), видимо, это не должно препятствовать распространению сформулированной им правовой позиции и на случаи правомерного причинения вреда, когда закон предусматривает его возмещение (п. 3 ст. 1064 ГК). Нормативно это можно обосновать тем, что в разъяснении имеется

ссылка на всю ст. 1064 ГК, включая ее п. 3. С политико-правовой точки зрения данное суждение подкрепляется тем соображением, что иной подход ставил бы защиту интереса потерпевшего в зависимость от случайного события, что было бы необоснованным, ибо расходилось бы с принципом равенства, а также с волей законодателя, установившего обязанность возместить причиненный правомерными действиями вред.

Рассматриваемое разъяснение, не вдаваясь в детали, обходит стороной такой нюанс, как прекращение обязательства невозможностью исполнения в натуре, за которую отвечает потерпевший. Допустим, потерпевший уничтожил поврежденную вещь, которую можно было бы исправить, что лишило причинителя возможности возместить вред с меньшими издержками. Для деликтного обязательства методология ст. 416 ГК по фигурованному сохранению невозможного к исполнению обязательства не вполне подходит. Ясно, что в этом случае обязательство по возмещению вреда не может прекратиться, а деликвент обязан возместить вред в деньгах. Между тем в указанном случае есть основания определить размер возмещаемых убытков применительно к ст. 404 и 1083 ГК, присудив причинителя к уплате той суммы, которая была достаточна для исправления поврежденной и впоследствии уничтоженной потерпевшим вещи. Что касается невозможности исполнения обязательства в натуре, за которую отвечает сам деликвент, то она вопреки ст. 416 ГК вовсе не оказывает никакого влияния, ибо обязательство по возмещению убытков сохраняется и оно основано не на том, что обязательство возмещения вреда в натуре искусственным образом сохраняется правопорядком, а на самом факте причинения вреда.

- (г) Последний фрагмент разъяснения о прекращении обязательства невозможностью исполнения обращает внимание судей на то, что нормы об отдельных видах договоров могут вводить специальные правила как для последствий возникновения данного основания прекращения обязательства, так и о моменте перехода риска его наступления. Надо сделать уточнение, что специальные правила могут устанавливаться положениями не только об отдельных видах договоров, но и об отдельных видах обязательств (см., напр., п. 1 ст. 1105 ГК). Равным образом специальные правила могут быть предусмотрены не только для момента перехода риска, но и для рисков как таковых, а также для других аспектов наступления невозможности исполнения обязательства. Более того, специальные правила отдельных видов обязательств могут предусматриваться для всех оснований прекращения обязательств и, соответственно, по принципу *lex specialis derogat generali* будут иметь преимущество в применении, на что уже указывалось выше. Надо заметить, что специальные правила могут устанавливаться не только в разделе IV ч. 2 ГК, но и в любых других нормах гражданского законодательства вообще и в других разделах ГК в частности. Так, согласно абз. 2 п. 2 ст. 46 ГК лица, к которым имущество гражданина, объявленного умершим, перешло по возмездным сделкам, обязаны возвратить ему это имущество, если доказано, что, приобретая имущество, они знали, что гражданин, объявленный умершим, находится в живых, а при невозможности возврата такого имущества в натуре возмещается его стоимость (премущество или замещение обязательства).

В качестве примеров приведенной правовой позиции приводятся два случая. Первый — это переход риска случайной гибели товара (ст. 459 ГК), который уже

использовался в качестве иллюстрации в комментарии выше. Второй — это распределение рисков между сторонами договора подряда (ст. 705 ГК). Причем непосредственно о прекращении обязательства невозможностью исполнения или о рисках этой невозможности данные нормы не говорят, но это можно вывести из их смысла. Соответственно, надо принимать во внимание не терминологические аспекты соответствующих специальных правил, а содержательные. Указание на приоритет специальных правил позволяет прийти к выводу, сделанному в качестве иллюстрации в следующем абзаце комментария, поскольку Пленум не ограничивает действие этого указания только п. 1 ст. 416 ГК, а формулирует его общим образом для последствий невозможности исполнения обязательства.

- (д) Пленум совсем не коснулся положений п. 2 ст. 416 ГК, который устанавливает, что в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возвращения исполненного им по обязательству. Видимо, это объясняется отсутствием потребности в его разъяснении для судебной практики. В качестве простейшего примера можно привести случай, когда покупатель оплатил приобретение уникальной вещи, а потом до ее передачи виновно уничтожил ее. Обязательство должника по передаче данной вещи в собственность покупателя прекратилось невозможностью исполнения, а исполненное кредитором по собственному обязательству (уплаченная покупная цена) возврату не подлежит. При таких обстоятельствах возникает ощущение несправедливости данного решения, поскольку образно можно представить, что покупатель таким причудливым образом потребил вещь в своем интересе. Однако при иных обстоятельствах эта норма, как представляется, не всегда приведет к справедливому результату, поскольку сформулирована законодателем достаточно абстрактно. Возьмем другой пример. Допустим, заказчик оплатил работы по ремонту своей вещи и до прибытия подрядчика уничтожил ее. Решение уже не видится справедливым, ведь подрядчик не понес никаких затрат, а получит полную цену. Поэтому ее действие уступает действию специального режима. По п. 1 ст. 416 ГК обязательство не прекращается, поскольку невозможность его исполнения возникла по обстоятельствам, за которые отвечает заказчик (уничтожение подлежащей ремонту вещи). Заказчик может воспользоваться правом на отказ от договора подряда (ст. 717 ГК), поскольку никакой работы выполнено вовсе не было; он возмещает убытки, но в пределах цены договора. Предоплата подлежит возврату, для сторон открыта возможность зачесть требование о возврате предоплаты и требования о возмещении убытков. Подрядчик также вправе отказаться от договора и потребовать возмещения убытков (ст. 719 ГК). При определении размера убытков следует учесть экономию подрядчика.

## **Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица (статья 419 ГК РФ)**

**41. Признавая ликвидацию юридического лица основанием прекращения обязательств, в которых оно участвует в качестве кредитора или должника, статья 419 ГК РФ допускает существование предусмотренных законом или иными правовыми актами изъятий из указанного правила. В частности, такие изъятия предусмотрены пунктом 2 статьи 700 и пунктом 2 ста-**

тьи 1093 ГК РФ. В этих случаях указанное законом лицо является правопреемником ликвидированного юридического лица по соответствующим обязательствам.

В случае исключения юридического лица из единого государственного реестра юридических лиц как недействующего (статья 64.2 ГК РФ) к обязательственным отношениям, в которых оно участвовало, подлежит применению статья 419 ГК РФ, если специальные последствия не установлены законом.

Участники ликвидированного юридического лица, равно как и его кредиторы, не вправе самостоятельно обращаться с обязательственными требованиями юридического лица к его должникам, в частности с требованием вернуть переданное в аренду имущество, оплатить стоимость переданных товаров и т.п. В этом случае следует руководствоваться положениями пункта 5.2 статьи 64 ГК РФ, устанавливающего процедуру распределения обнаруженного обязательственного требования.

## Комментарий

- (а) В случае смерти естественного субъекта гражданского права (человека) его права и обязанности переходят к другим лицам (наследникам), а при их отсутствии — к соответствующим публично-правовым образованиям. Те же права и обязанности, которые неразрывно связаны с гражданином, прекращаются, ибо перейти к другим они не могут (ст. 418 ГК). Иное дело с искусственными лицами — юридическими. Как известно, человек не просто смертен, а иногда внезапно смертен, и потому не может привести свои обязательственные дела в порядок перед смертью — рассчитаться с кредиторами, получить долги, уступить права и т.п. Поэтому для людей нужно предусмотреть правопреемство при их уходе из гражданского оборота. Но искусственное образование может быть подвергнуто упорядоченному уходу из гражданского оборота, а потому ему вроде бы и не нужно правопреемства. Судьба обязательств юридического лица обычно определяется до ликвидации, а не после нее. Согласно п. 1 ст. 61 ГК ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода в порядке универсального правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам. Но ст. 419 ГК подходит к делу по-иному, устанавливая исключения из общего правила прекращения обязательств юридического лица (должника или кредитора) при его ликвидации в случаях, когда законом или иными правовыми актами исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое лицо (по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и др.). Речь здесь будет идти о сингулярном правопреемстве.

В ст. 419 ГК сказано, что обязательство прекращается ликвидацией юридического лица, но поскольку ликвидация юридического лица — это процедура, протекающая во времени, то необходимо определить, в какой же именно момент прекращаются обязательства: с открытием этой процедуры, в какой-то момент в течение этой процедуры или после ее завершения. Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица объясняется тем, что из оборота уходит субъект, и если его права и обязанности по обязательствам не перейдут к кому-то до этого момента, то обязательство окажется бессубъектным, а это несовместимо с относительной природой обязательства: оно не может быть односубъектным, ибо состоять в правовом

отношении с самим собой бессмысленно и противоестественно. Отсюда можно заключить, что обязательство прекращается тогда, когда соответствующий субъект признается более не существующим для оборота. Таковой момент определяется в законе. Так, согласно п. 9 ст. 63 ГК ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо — прекратившим существование после внесения сведений о его прекращении в Единый государственный реестр юридических лиц (далее — реестр) в порядке, установленном Федеральным законом от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». Будем считать исключение субъекта из реестра завершением ликвидации, которая и знаменует прекращение обязательства.

- (б) Пленум обращает внимание судей на изъятия из общего правила о прекращении обязательств ликвидацией юридического лица, иллюстрируя их двумя случаями. Первый — это переход права и обязанности ссудодателя по договору безвозмездного пользования к другому лицу, к которому перешло право собственности на вещь или иное право, на основании которого вещь была передана в безвозмездное пользование (п. 2 ст. 700 ГК). Надо заметить, что эта норма, видимо, носит скорее вспомогательный характер, ибо правопреемство обычным образом происходит до завершения ликвидации (п. 8 ст. 63 ГК), когда соответствующие лица получают так называемую ликвидационную квоту.

Распределение соответствующего имущества, отданного в ссуду, или его продажа ликвидационной комиссией (при наличии спора в отношении него) и приведет к правопреемству, поэтому оснований обсуждать прекращение обязательства в связи с ликвидацией просто не будет, так как имущество получит нового хозяина, который и станет правопреемником в обязательстве по безвозмездному пользованию. Если же по тем или иным причинам, например вследствие беспорядка в делах юридического лица, имущество окажется не выявленным в процессе ликвидации, то возникнет проблема, которая затрагивается Пленумом в последнем абзаце. В этом случае заинтересованное лицо, применительно к обсуждаемому вопросу исключения из правил о прекращении обязательств при ликвидации — ссудополучатель или потенциальный ссудодатель, вправе воспользоваться специальными правилами назначения процедуры распределения обнаруженного имущества среди лиц, имеющих на это право (п. 5.2 ст. 64 ГК). Здесь мы имеем дело с временно неизвестной стороной обязательства, которая определится по окончании названной процедуры. Но обязательство все равно считается непрекращенным, а его неизвестный пока субъект, видимо, займет в нем свое место ретроспективно, с момента исключения ликвидированного юридического лица из соответствующего реестра.

Пленум разъясняет (последний абзац), что участники исключенного из реестра юридического лица и его кредиторы не вправе обращаться к должникам юридического лица, в частности, с требованием вернуть переданное в аренду имущество, уплатить стоимость переданных товаров и т.п. Это ясно, ибо принцип относительности обязательств препятствует такому положению дел (п. 3 ст. 308 ГК). В разъяснении отмечается, что для удовлетворения соответствующих интересов необходимо обратиться к указанной процедуре (п. 5.2 ст. 64 ГК), которая предусматривает распределение обнаруженного обязательственного требования. Конечно, ничего про обязательственное требование в названной норме не сказано, так как там идет речь об имуществе. Но понятие «имущество» обнимает также и понятие «требова-



ние по обязательствам», поэтому утверждение корректно. Его недостаток заключается не в том, что применяется более узкое понятие («требование» вместо «имущество»), а в том, что оно формально не охватывает интересы не названных в нем лиц. Здесь можно привести пример самого Пленума, на который он указал в этом же пункте через абзац выше. Ясно, что ссудополучатель вправе потребовать открытия соответствующей процедуры, хотя ни участником, ни кредитором он может и не быть — он должник неизвестного кредитора, которого и позволит определить специальное положение ГК. Пленум сосредоточился на вопросе о самостоятельном, как он выражается, предъявлении требований к должникам несуществующего лица, а потому ведет речь об участниках и кредиторах этого лица, тогда как круг заинтересованных лиц шире, что надо принимать во внимание.

Здесь, конечно, может возникнуть вопрос о целесообразности применения такой процедуры для некоторых случаев. Допустим, у ликвидированного самостоятельно юридического лица был только один участник. После завершения ликвидации обнаруживается ссудополучатель, который заинтересован отыскать себе контрагента. Не позволит ли п. 2 ст. 700 ГК считать, что обязательство сохранилось в исключение из правила ст. 419 ГК и в силу специальной нормы ссудодателем является бывший участник ликвидированного юридического лица? Если ответить на этот вопрос отрицательно, придется признать, что требуется открыть специальную процедуру, понести соответствующие издержки, тогда как никому это не нужно. Поэтому представляется, что в некоторых случаях вполне можно допустить исключения из подхода, предложенного Пленумом.

Несмотря на то, что Пленум ссылается на п. 2 ст. 700 ГК в качестве примера, описанная ситуация не выявленного при ликвидации имущества имеет более общий характер; другое дело, что для ссуды по причине безвозмездности договора она кажется более реалистичной практически. Тем не менее такой же вопрос может возникнуть при любом обязательственном отношении, когда контрагент владельца чужого имущества ликвидирован, а юридическая судьба имущества в процедуре ликвидации определена не была (аренда, хранение, перевозка, подряд, реституция и т.п.).

- (в) Второй случай изъятия из общего правила прекращения обязательства ликвидацией юридического лица связан с деликтным правом. В случае ликвидации юридического лица, признанного в установленном порядке ответственным за вред, причиненный жизни или здоровью, соответствующие платежи должны быть капитализированы для выплаты их потерпевшему по правилам, установленным законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 1093 ГК). Это же законоположение предусматривает, что законом или иными правовыми актами могут быть установлены и другие случаи, при которых может быть произведена капитализация платежей.

Нужно обратить внимание, что здесь не идет речь о сохранении деликтного обязательства после ликвидации юридического лица. Напротив, соответствующие платежи должны быть капитализированы до исключения юридического лица из реестра. Более того, в таких случаях, скорее, можно говорить о переводе долга с деликтанта на государство либо о прекращении обязательства его исполнением, когда капитализированные суммы причиненного вреда выплачиваются потерпевшему. Поэтому обязательство на самом деле не сохраняется при ликвидации, а прекращается исполнением.

В итоге теоретически после завершения ликвидации юридического лица обязательство в принципе не может сохраняться, ибо субъекта не существует, а бес-субъектное обязательство — это нонсенс. Поэтому изъятие из случая прекращения обязательства при ликвидации может существовать только в виде изменения субъекта — кредитора или должника, т.е. всегда будет иметь место либо прекращение обязательства и возникновение нового с одновременным изменением субъекта, либо переход требования или перевод долга, иного не дано. Пленум обращает внимание на это последнее обстоятельство и говорит о правопреемстве лица, указанного в законе.

- (г) В связи с реформированием гражданского законодательства наряду с ликвидацией юридического лица появилась уже упомянутая выше процедура исключения недействующего юридического лица из реестра. Однако терминология соответствующих законоположений не была приведена в соответствие с этим новшеством, поскольку согласно п. 2 ст. 64.2 ГК исключение недействующего юридического лица из Единого государственного реестра юридических лиц влечет правовые последствия, предусмотренные ГК и другими законами применительно к ликвидированным юридическим лицам. Пленум обращает внимание на эту ситуацию, констатируя прекращение обязательства прекращенного по специальному основанию юридического лица. При этом он также делает изъятия для случаев установления законом специальных последствий. Содержание этих специальных последствий не раскрывается, а их примеры не приводятся. Думается, что *mutatis mutandis* подлежат применению изъятия, предусмотренные на случай ликвидации, например в уже приводившемся случае обнаружения находящегося в суде имущества.

### **Commentary on the SC RF Plenary Ruling of 11 June 2020 No. 6 'On Certain Issues of Application of the Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Termination of Obligations'**

For the first time in the recent history of domestic civil law, the highest court has formulated abstract rules regarding certain grounds for the termination of obligations. Compensation, set-off, novation and forgiveness of debt are the most commonly used methods of terminating obligations in both civil and business relations. In the theory of the law of obligations and in court practice there are still many disputable and unclear questions on a number of aspects of termination of obligations, especially in respect of various nuances.

The commentary attempts to analyse thoroughly the text of the Plenum's resolution, considers the development and changes of legal positions, reveals disputable aspects and legal risks in this field of legal relations.

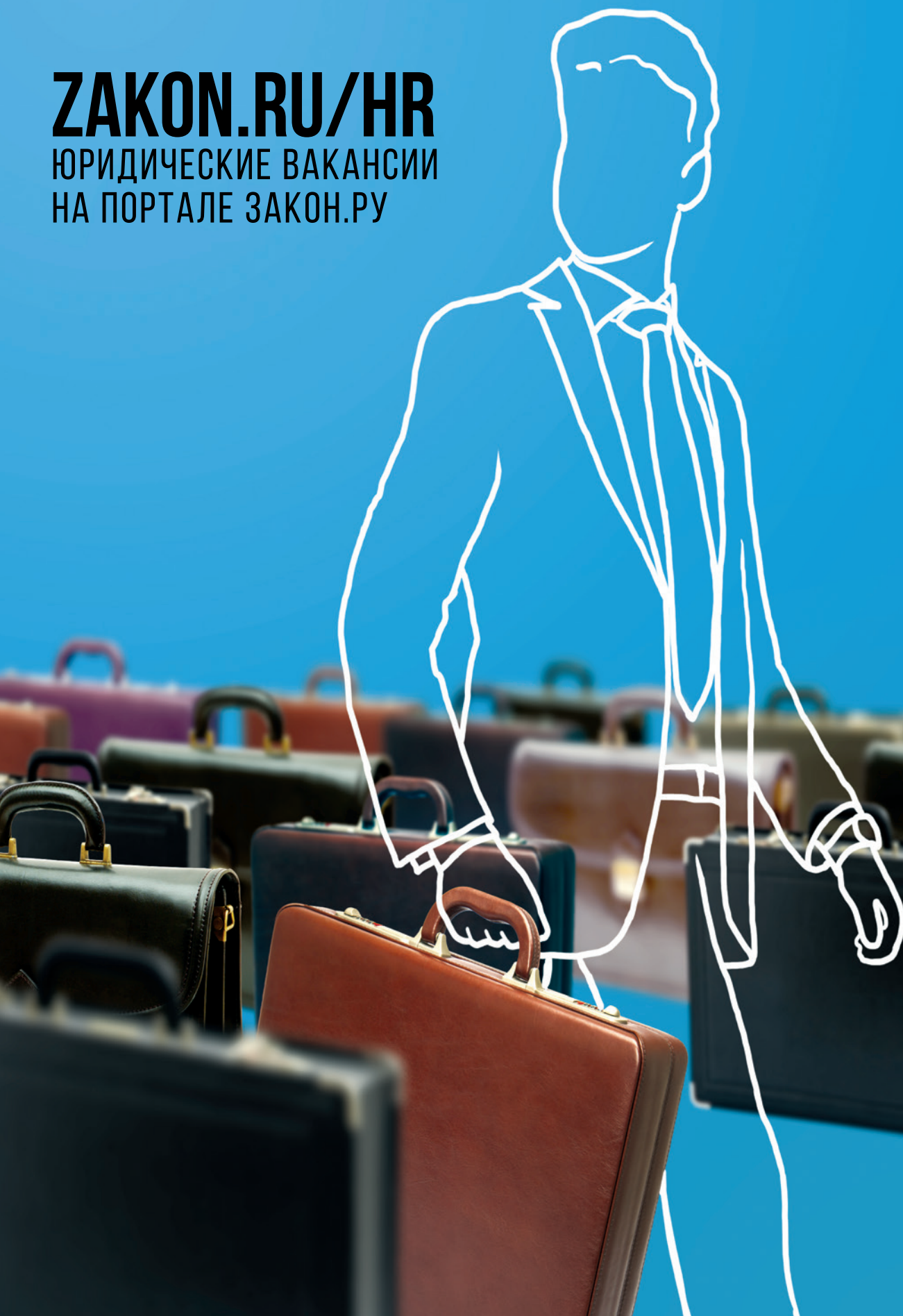
*Keywords: termination of obligations, set-off, compensation, novation, forgiveness of debt, liquidation of a legal entity*

#### **Sergey Sarbash**

Honored Lawyer of the Russian Federation, Retired Judge of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: ssarbash@yandex.ru).

**ZAKON.RU/HR**

ЮРИДИЧЕСКИЕ ВАКАНСИИ  
НА ПОРТАЛЕ ЗАКОН.РУ



# Мобильное приложение Издательской группы «Закон»

Журналы «Закон» и «Вестник экономического правосудия РФ»  
в одном приложении



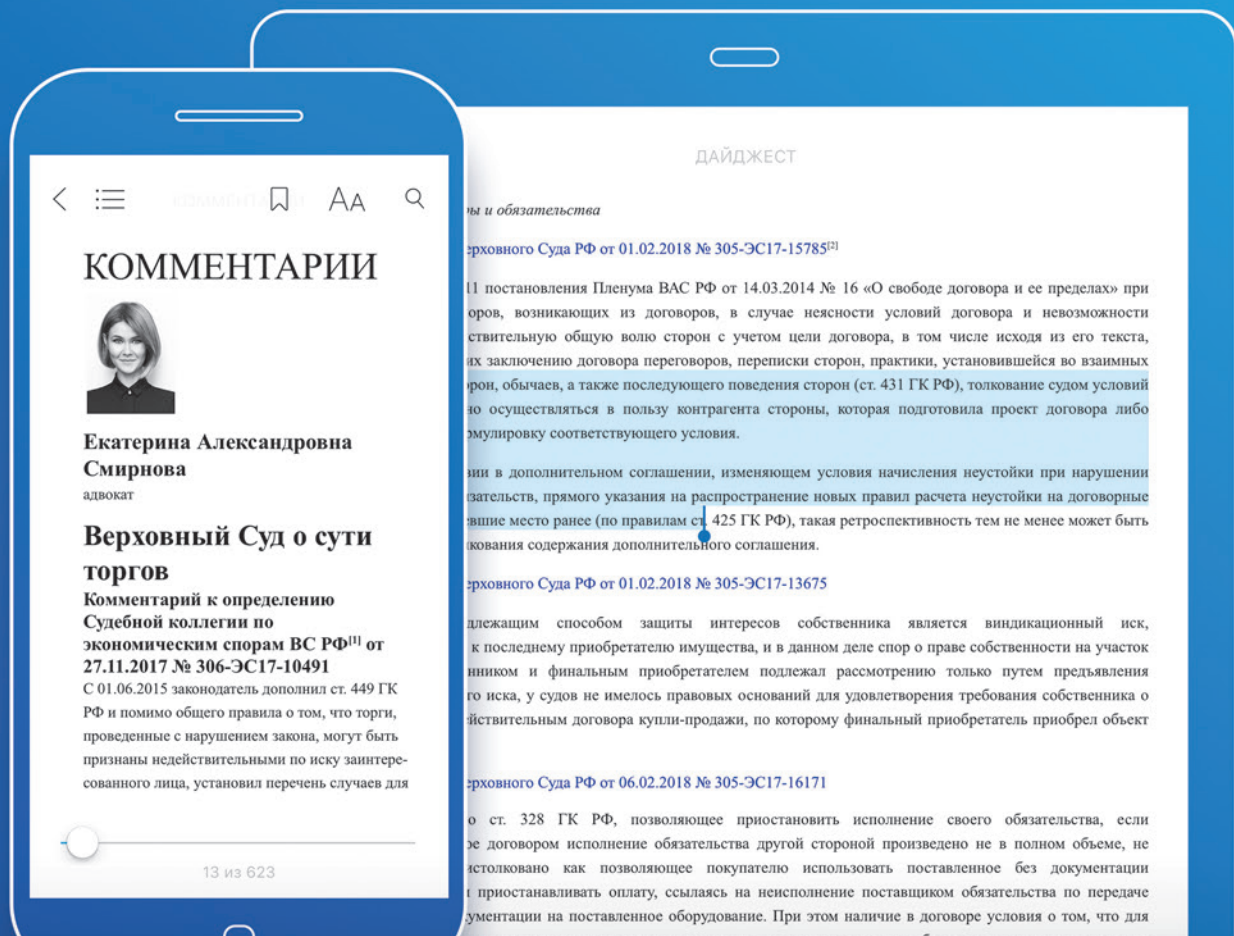
Скачивайте и читайте  
без интернета



Настраивайте внешний  
вид для комфортного  
чтения



Сохраняйте цитаты  
и комментарии



Скачивайте  
в AppStore и Google Play

«Юридические журналы ИГ «Закон»  
в поиске

