

С.В. Сарбаш

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ

Комментарий к постановлению Пленума

**Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54
«О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского
кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»**

Москва Статут 2022

УДК 347.42
ББК 67.404.200
С20

Сарбаш, Сергей Васильевич.

С20 Обязательства и их исполнение : комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» / С. В. Сарбаш. — Москва : Статут, 2022. — 464 с.

ISBN 978-58354-0000-0

В настоящем издании проанализированы правовые позиции высшей судебной инстанции, содержащиеся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54. Осмысление и усвоение многочисленных и детализированных подходов судебной практики к толкованию норм закона об обязательствах и их исполнении — непростая задача, содействовать решению которой призвана данная книга. В комментарии предпринята попытка скрупулезного анализа текста Постановления, рассматриваются развитие и изменение правовых позиций, выявляются дискуссионные аспекты и юридические риски в данной области правоотношений. В релевантных комментариях сформулированы некоторые рекомендации по работе при заключении договоров в части соответствующих условий об исполнении обязательств. Особое внимание обращается на нюансы как самого текста Постановления, так и соответствующих аспектов правовых связей и их динамики.

Для практикующих юристов.

Законодательство приводится по состоянию на 1 января 2022 г.

УДК 347.42
ББК 67.404.200

ISBN 978-5-8354-0000-0

© Сарбаш С.В., 2022
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

Принятые сокращения	4
Предисловие.....	7
Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»	11

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ¹

АПК – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

ВАС – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС – Верховный Суд Российской Федерации

ГК – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

Закон о банкротстве – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

Закон об исполнительном производстве – Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»

Закон о прожиточном минимуме – Федеральный закон от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»

Информационное письмо № 52 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 31 мая 2000 г. № 52 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с применением законодательства о валютном регулировании и валютном контроле»

Информационное письмо № 65 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований»

Информационное письмо № 69 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24 сентября 2002 г. № 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены»

¹ Сокращения применяются не только в авторском тексте, но и в используемых в комментарии фрагментах официальных разъяснений и рекомендаций (постановлений Пленумов, обзоров, информационных писем), а также в изложении иных правовых позиций судов, включая мотивировочные части судебных актов.

Информационное письмо № 70 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 ноября 2002 г. № 70 «О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации»

Информационное письмо № 141 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 октября 2010 г. № 141 «О некоторых вопросах применения положений статьи 319 Гражданского кодекса Российской Федерации»

Информационное письмо № 147 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 сентября 2011 г. № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре»

Конституция – Конституция Российской Федерации

КС – Конституционный Суд Российской Федерации

Пленум – Пленум Верховного Суда Российской Федерации

Пленумы – Пленум Верховного Суда Российской Федерации и Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Постановление № 1 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина»

Постановление № 6 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 июня 2020 г. № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»

Постановление № 7 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»

Постановление № 13/14 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 13/14 от 8 октября 1998 г. «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»

Постановление № 16 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»

Постановление № 25 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами

некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

Постановление № 35 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 июня 2014 г. № 35 «О последствиях расторжения договора»

Постановление № 42 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

Постановление № 45 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве»

Постановление № 49 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»

Постановление от 21.12.2017 № 54 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки»

Постановление № 73 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2011 г. № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды»

СК – Семейный кодекс Российской Федерации

СКГД ВС – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации

СКЭС ВС – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

ПРЕДИСЛОВИЕ

Понятие обязательства и его исполнение являются ядром всего обязательственного права, вокруг которого формируются учения об обеспечении исполнения обязательства, о перемене лиц в обязательстве, об ответственности за неисполнение обязательства и о прекращении обязательств.

Актуальность правового дизайна понятия и исполнения обязательств невозможно переоценить, что легко подтвердить хотя бы тем, что каждый читающий в данную секунду эти строки состоит в обязательстве, а многие исполняют какое-то обязательство прямо сейчас. Едва ли будет преувеличением сказать, что всякий человек неизбежно окажется в окружении названного правового дизайна; никому не удастся прожить жизнь, не оказавшись участником и не исполнив множества различных обязательств.

Истории российской юриспруденции никогда не было известно абстрактное разъяснение судебной практики, специально и исключительно посвященное данной теме. Пленум рассматривал этот вопрос дважды: 10 ноября 2016 г. — первоначальный проект Постановления, а затем 22 ноября 2016 г. — доработанный проект.

Столь масштабное разъяснение Пленума в отношении исполнения обязательств требует неспешного и кропотливого анализа. На это понадобится много сил и времени, поэтому настоящий комментарий следует рассматривать как предварительный. Соответственно, приведенные ниже суждения пока не имеют должной глубины и обоснования, а потому их следует воспринимать критически и с осторожностью. Они лишь предлог для дискуссии и начало нашего продвижения в этом вопросе.

При анализе обязательств важно обратить внимание на структуру обязательственного отношения. Как хорошо известно, по одной из многочисленных классификаций обязательства принято делить на обязательства в узком смысле и обязательства в широком смысле. На примере договорного обязательства весьма упрощенно это деление означает, что обязательства в широком смысле — это все обязательства, возникающие

в процессе всего договорного отношения, каждой из сторон; обязательство в узком смысле — это лишь одно обязательство (регулятивное или охранительное), возникающее из договора. Оно имеет бинарную структуру: требование и долг. Для традиции российского законодательства в отношении общих положений об обязательствах преимущественно характерна регламентация обязательств в узком, а не в широком смысле.

Эволюция гражданского права создает типизированные случаи взаимоотношений при исполнении обязательств, которые и формируют в обязательственном праве соответствующий институт. С точки зрения нормативной систематики Постановление охватывает некоторые положения двух глав ГК — гл. 21 и 22, а разъяснения изложены сообразно структурам этих глав, как правило, в той же последовательности расположения материала. Неполнота гипотез, лаконичность диспозиций и другие многочисленные и неизбежные 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 понятием обязательства и его исполнением. 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.

Приусице российской юридической ментальности традиционный метод юриспруденции понятий и позитивизм в последнее время в аналитической области все больше отодвигаются на второй план, уступая методологии политики права. Юридическая экзегеза нынче не в чести. Мы все больше отвлекаемся от скрупулезного анализа юридических текстов, меньше обращаем внимание на слова, стараясь увидеть за ними смыслы, идеи, принципы, которые помогут найти справедливое решение того или иного типического социально-экономического взаимодействия субъектов гражданского оборота. Наверное, это правильное направление интеллектуальной юриспруденции. Однако пока идеи права выражаются в словах, которые складываются в предложения, а последние — в юридические тексты, методология анализа и разбора таких текстов не должна быть утрачена. Какой бы уклон ни принимала аналитическая юриспруденция, без развитого понятийного аппарата не обойтись, поскольку он — просто-напросто средство коммуникации, тот способ, с помощью которого и формулируются идеи. Юристы должны уметь точно выражать свои идеи в словах, иначе это может

привести как раз к утрате смыслов. Упадок юридической техники нашего законодательства становится уже настолько очевидным, что этот факт не нуждается в обосновании. Но право складывается не только из законов, но и за счет других текстов. Сложность здесь заключается в том, что каждое слово в позитивном праве должно иметь правовое значение, иначе зачем его надо было использовать. Однако как бы ни был высок авторитет нормативных источников, нельзя сказать, что каждое слово в них истинно. Эмпирика показывает, что научное осмысление юридического текста с неизбежностью влечет такие случаи, когда наука вынуждена сказать законодателю «нет», порой полностью игнорируя текст или существенно его изменив.

Логическая строгость и стройность правовой материи, особенно в источниках позитивного права, отнюдь не являются какими-то анахронизмами. Это костяк права, хрупкость которого способна угрожать дисфункцией всей правовой системы. Научно обоснованная и конструктивная критика позитивного права способна укрепить пошатнувшуюся юридическую конструкцию, не дав ей упасть и разрушиться. Метод правовой дефектологии может оказаться полезным в выявлении слабых мест нашей правовой системы. Поэтому настоящий комментарий пытается охватить буквально почти каждое слово и закона, и Постановления, представив размышления по поводу его употребления. Это делается в попытке соединения методологии политики права и логической семантики юридических текстов.

В связи с принятием рассматриваемого Постановления возникает общий методологический вопрос в отношении прежних правовых позиций, особенно обозначенных в арбитражной практике. Здесь можно наблюдать четыре явления: 1) они подтверждены без изменения; 2) они в основном подтверждены и несколько модернизированы; 3) они концептуально изменены и, наконец, 4) они вообще не затронуты в Постановлении. В отношении первых трех пунктов особенные затруднения в понимании текущих подходов в юриспруденции возникать не должны: следует руководствоваться разъяснениями Пленума. В отношении незатронутых правовых позиций, как представляется, разумно в качестве общего правила исходить из того, что коль скоро Пленум их не коснулся, у судей не было намерения отказаться от ранее выработанных подходов в толковании соответствующих норм права. Значит, ими следует руководствоваться, если только последующая судебная практика не изменит их. Вместе с тем в некоторых случаях отказ от восприятия прежних правовых позиций можно обосновать именно намерением изменить подход, что будет аргументировано в комментарии.

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 общую юрисдикцию 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 всякого 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 любого казуса. Разъяснения нуждаются в тонкой настройке в каждом конкретном деле, нюансировании и калибровке.

Одним словом, применяя разъяснения данного (как, впрочем, и всякого) Постановления, для юристов главное — не огоршить 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! Решить эту задачу вполне возможно совместными усилиями доктрины, судей и других практикующих юристов.

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕНУМА
ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ОТ 22 НОЯБРЯ 2016 Г. № 54
«О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРИМЕНЕНИЯ
ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ И ИХ ИСПОЛНЕНИИ»**

В целях обеспечения единства практики применения судами общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении Пленум Верховного Суда Российской Федерации, руководствуясь статьей 126 Конституции Российской Федерации, статьями 2 и 5 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 года № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», постановляет дать следующие разъяснения.

1. В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие либо воздержаться от совершения определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (пункт 1 статьи 307 ГК РФ).

При этом следует иметь в виду, что исчерпывающий перечень действий, совершение которых либо воздержание от совершения которых может быть предметом обязательства, статьей 307 ГК РФ не установлен.

В случаях, предусмотренных законом или вытекающих из существа обязательства, на сторону может быть возложена обязанность отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств, в том числе не зависящих от ее поведения, например в случае недостоверности заверения об обстоятельствах при осуществлении предпринимательской деятельности (пункт 4 статьи 431.2 ГК РФ) или при изъятии товара у покупателя третьими лицами (пункт 1 статьи 461 ГК РФ).

(а) Юриспруденция не одну тысячу лет пытается осмыслить правовой феномен обязательства, и, казалось бы, с таким багажом знаний

мы должны знать о них все и в мельчайших подробностях. Российские цивилисты занимаются обязательственным правом несколько меньше, но все равно достаточно давно, чтобы преуспеть на ниве познаний этого явления, по крайней мере в отношении базовых понятий. Но не все так просто. Взять хотя бы столь привычные юристам понятия «кредитор» и «должник». Кто-то скажет: но тут-то какие сложности? Вроде бы никаких, впрочем, попробуйте объяснить, почему один термин на латыни, а другой на русском (лингвистически симметричные пары: кредитор – дебитор; должник – веритель).

Сложность абстрактного понятия обязательства заключается в том, что оно не является природным явлением, представляя собой социальный феномен. Методы точных наук не способны зафиксировать обязательство и определить его параметры, поскольку оно принадлежит идеальной сфере. Иными словами, как и многое в праве вообще, обязательство можно только помыслить. Но помыслив что-то, мы способны изложить существо этой мысли словами, чтобы быть понятыми. Так и получается понятие обязательства.

Всякое понятие чего-то идеального условно. Как говорил известный римский юрист Луций Яволен Приск, *omnis definitio in iure civili periculosa est* – всякая дефиниция в гражданском праве опасна. Действительно, несмотря на стремление права к логической стройности, точности и полноте, достигнуть их в полной мере не удастся никогда, поскольку право вообще, гражданское право в частности и обязательственное право в особенности – суть описания социального взаимодействия бесчисленного числа индивидов во всех мыслимых и немыслимых проявлениях, во всем пространстве и во все времена. Поэтому всякий, кто попытается дать какому-то фрагменту таких проявлений определение, рискует либо избыточно расширить его, либо, напротив, необоснованно сузить.

Несмотря на все сказанное, российское позитивное обязательственное право отличается тем, что содержит норму, которую можно считать легальной дефиницией обязательства. Согласно п. 1 ст. 307 ГК в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) **определенное действие**, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Как видно, центральным ядром понятия обязательства выступают всего два слова – определенное действие. Это и не удивительно, ибо

стороны вступают в обязательство, чтобы получить удовлетворение своих потребностей за счет другого лица, а всякое лицо только к тому и способно, чтобы либо совершать определенные действия, либо воздержаться от их совершения. За счет этих действий должника управомоченный по обязательству (кредитор) и получает удовлетворение своих потребностей. Поэтому каждый вступивший в обязательство по общему правилу отвечает за свои действия, а не за что-то еще. Всякий обязавшийся отвечает за то, к чему он способен, и не может отвечать за то, что от него не зависит. Но какие именно действия могут составить обязательство?

Еще один, даже более известный, римский юрист Гай описывал обязательство через трехчастный перечень: *dare, facere (non facere), praestare*, что означает «дать, сделать (не делать), обеспечить (гарантировать)». Не трудно заметить, что российское понятие обязательства охватывает два первых элемента, но не касается третьего — *praestare*. Все перечисленные примеры в законодательном понятии обязательства относятся к действиям лица, причем далее указывается на то, что иные случаи обязательства должны быть подобными приведенным (и т.п., а не и т.д.).

(б) Первое предложение комментируемого пункта представляет собой почти точную цитату легальной дефиниции обязательства с удалением из нее перечня примеров. Тот факт, что Пленум дополнил выражение законодателя «воздержаться от определенного действия» словом «совершения» («воздержаться от **совершения** определенного действия»), ничего, кроме стремления составителя текста к симметрии, не означает и ничего по существу не меняет. Иными словами, первое предложение никакого разъяснения не содержит, а является аранжировкой нормативного начала для дальнейшего изложения разъяснения.

Пленум не касается базового положения в ряду классификаций обязательств по одному из фундаментальных положений теории обязательственного права, но его нужно привести здесь с методологической целью. Речь идет о таком делении, которое базируется на двух понятиях: **обязательство в узком смысле** и **обязательство в широком смысле**. Последнее представляет собой все обязательственное правоотношение сторон в целом (главным образом договор), а первое состоит из одного определенного действия.

(в) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум, ссылаясь на всю ст. 307 ГК, постулирует очевидное положение о том, что исключенный им из цитаты п. 1 ст. 307 ГК перечень действий **не является исчерпывающим**. На это указывает окончание этого перечня — «и т.п.».

т.е. подразумеваются другие подобные действия. Конечно, упомянутый в разъяснении перечень содержится только в п. 1 названной статьи, а два других пункта никаких перечней не содержат, что, однако, едва ли может привести к какому-то иному суждению, нежели сделанному Пленумом. К этому можно добавить, что исчерпывающий перечень действий, которые могут стать предметом обязательства, не установлен не только приведенной статьей, но и никакими другими статьями ГК. Более того, он и не может быть установлен в принципе, поскольку невозможно перечислить все известные действия, равно как и другие действия, которые в настоящее время недоступны человеку, но могут стать доступными, в том числе в связи с развитием науки и техники.

Из данного неисчерпывающего перечня видно, что легальная дефиниция обязательства обнимает обязательство в узком смысле. Большинство норм общих положений об обязательствах сформулировано именно для обязательств в узком смысле.

Приведем иллюстрации. В названном перечне указано, в частности, на такое действие, как обязанность уплатить деньги. В договоре беспроцентного займа мы имеем дело с обязанностью заемщика возратить сумму займа (п. 1 ст. 807 ГК), что и является примером обязательства в узком смысле, т.е. мы обнаруживаем здесь только одно обязательство заемщика совершить названное действие. В случае, допустим, годового процентного займа у заемщика по общему правилу будет 13 обязательств в узком смысле (12 ежемесячных платежей и одно действие по возврату суммы займа). Если же заемщик допустит просрочку, то у него возникнут правоохранительные обязательства по уплате процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, по числу дней просрочки, а также увеличится число регулятивных обязанностей по уплате процентов за пользование займом. Все обязательства заемщика, взятые вместе, можно именовать **совокупным обязательством** должника.

По консенсуальному договору займа обнаруживается еще одно обязательство — обязательство займодавца выдать сумму займа, это уже обязанность другой стороны. Совокупное обязательство заемщика и обязанность займодавца составляют ядро заемного обязательства в широком смысле, к которому добавляются и другие правовые феномены обязательственного правоотношения в целом, такие как секундарные (преобразовательные) права, кредиторские обязанности, связанность сторон положениями о применимом праве, пророгационной или третейской оговоркой и т.п.

(г) В абз. 2 Пленум вводит понятие **предмета обязательства**, не раскрывая его. Понятие «предмет обязательства» встречается в ГК дважды:

в п. 1 ст. 322, где речь идет о неделимом предмете обязательства, и в п. 2 ст. 398, где речь идет о вещи, являющейся предметом обязательства. Получается, что по ГК предмет обязательства — это всегда вещь. Ясно, что под предметом обязательства нельзя понимать только вещь или имущество вообще, ибо тогда выпадут такие действия, которые с вещами могут быть вообще не связаны, например некоторые виды услуг. Поэтому под предметом обязательства необходимо понимать задолженное действие по предоставлению той или иной выгоды либо обязанность не совершать действия, приносящая выгоду (обещание удовлетворить потребность). Упрощенно говоря, все, что может удовлетворять правомерную потребность, может стать предметом обязательства.

(д) В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта Пленум обращается к особенному виду обязательств, а именно к **обязательству отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств**. Такой вид обязательства чем-то напоминает упомянутое выше обязательство типа *praestare*. Должник гарантирует или берется обеспечить, что названное в условиях обязательства обстоятельство наступит или, наоборот, не наступит. Если наступление или ненаступление соответствующего обстоятельства зависит от поведения должника, то такое обязательство вполне укладывается в классическую теорию обязательств и относится к обязательствам по достижению определенного результата. Если должник не достиг обещанного им результата, он не исполнил обязательство, т.е. нарушил права кредитора и должен возместить ему убытки. Иными словами, это ординарный случай ответственности за неисполнение обязательства, поскольку должник отвечает за свои действия, за свое поведение.

Совсем иное дело, когда должник принимает на себя обязательство отвечать за наступление или ненаступление определенного обстоятельства, **не зависящего от его поведения**. Здесь у должника нет обязанности действовать определенным образом, он просто гарантирует, что некоторое обстоятельство наступит или не наступит. Это для классического обязательства не характерно, так как каждый отвечает за свои действия. Обязательство — это обещание должника действовать определенным образом. Всякое обязательство должно быть возможным для должника. Если какое-либо лицо принимает на себя обязательство достигнуть некоторого результата, но наступление этого результата от него не зависит, то такое положение дел не отвечает законодательному определению обязательства — совершить (не совершать) определенное действие.

Сама по себе гарантия должника никакой пользы кредитору принести не может, поэтому весь смысл такого рода обязательств заклю-

чается в том, что должник принимает на себя обязанность возместить кредитору убытки, если гарантированное обстоятельство соответственно наступит или не наступит. И здесь данная разновидность обязательств по одному из воззрений сталкивается с еще одной дивергенцией от классической конструкции обязательственного права. В обязательственном праве принято различать регулятивные обязательства и охранительные обязательства, т.е. ответственность, которая наступает за неисполнение или ненадлежащее исполнение регулятивного обязательства. Но что же является регулятивным обязательством в модели обязательств отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств? Как было продемонстрировано выше, гарантия не предполагает совершения должником какого-либо действия, за неисполнение которого или за ненадлежащее исполнение которого должник мог бы отвечать. Он вообще никаких действий совершать не должен, ибо наступление или ненаступление обстоятельства не зависит от его поведения. Получается, что данная разновидность обязательств, как может показаться, состоит только из правоохранительной стадии, а регулятивного элемента вовсе не имеет.

Однако один лишь тот факт, что Пленум оперирует понятием «**отвечать** за наступление или ненаступление определенных обстоятельств», не означает, что данный вид обязательства охватывает только охранительные по своему характеру обязательства. На самом деле модель такого обязательства может выстраиваться из такой логики, что потери кредитора, в том числе убытки, определяют только размер, но не характер обязательства должника, т.е. сама обязанность является не его ответственностью, а долгом. В этом смысле примечательно обязательство поручителя, которое отвечает признакам рассматриваемой разновидности обязательства. Ведь поручитель принимает на себя обязательство отвечать перед кредитором за неисполнение или ненадлежащее исполнение основного обязательства должником. Однако то, что поручитель обязан заплатить, не является его ответственностью, а составляет его долг по договору поручительства.

Возможно, все эти особенности и послужили основанием для специального подхода Пленума к рассматриваемому виду обязательств. Данный подход выражается в том, что допустимость такого рода обязательств определяется случаями, предусмотренными **законом** или вытекающими из **существа обязательства**. Бросается в глаза, что привычное выражение о случаях, предусмотренных договором, не приводится. Из этого можно сделать вывод, что Пленум полагает наличие здесь некоторой ограниченности принципа свободы договора для подоб-

ных обязательств. Другого объяснения найти не удастся, поскольку если обсуждаемый вид обязательств подчиняется общему принципу договорной свободы, то непонятно, зачем вообще нужно было формулировать данную правовую позицию.

С практической точки зрения это означает, что при проектировании договоров, предусматривающих обязательства отвечать за наступление или ненаступление обстоятельств, их составители должны быть готовы обосновать их ссылкой на закон, предусматривающий такое обязательство, или на существо обязательства.

Существо обязательства — достаточно неуловимая субстанция, а точнее метод, отдающий на усмотрение судебной практики применимость или, наоборот, неприменимость общего правила. Если в отношении обязательства совершить определенное действие свобода сторон договора специальным образом не ограничивается, то в отношении рассматриваемого вида обязательств его допустимость будет определяться судебной практикой.

Приведенные Пленумом примеры предусмотренных законом обязательств, как то заверения об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК) и ответственность за эвизию (ст. 491 ГК), не позволяют определить общие критерии допустимости подобных обязательств в части их соответствия существу обязательства. К сожалению, Пленум не привел ни одного примера, когда обязательство соответствовало бы этому критерию и не было предусмотрено законом.

(е) Рестрикция Пленума в отношении свободы договора, судя по редакции абз. 3 комментируемого пункта, распространяется и на такие обязательства, в которых наступление определенного обстоятельства зависит от поведения должника. Это может вызывать сомнения, поскольку в таких обязательствах нет никаких отклонений от общего понятия обязательства, коль скоро соответствующее обстоятельство достигается усилиями должника. Такова общая модель всякого ординарного обязательства, удовлетворяющего непротивоправные потребности кредитора.

(ж) Отнесение Пленумом заверений об обстоятельствах к обязательствам типа *praestare* может вызывать сомнения. Дело в том, что последние скорее связаны с такими обстоятельствами, которые еще не наступили, тогда как при заверениях об обстоятельствах должник гарантирует, что обозначенные в соглашении обстоятельства имели место в действительности или, наоборот, не имели места. Должник заверяет кредитора, что соответствующая информация достоверна, а в предпринимательских отношениях он принимает на себя риск того,

что он сам не знает, достоверна ли она, или он ошибается, считая ее достоверной. Собственно говоря, такие же сомнения могут возникать и в отношении примера с ответственностью за эвизию. Если не вдаваться в детали, то речь идет о гарантии продавца, что он является собственником. Иными словами, он гарантирует чистоту титула, но она зависит не от обстоятельств, которые будут или не будут иметь место в будущем, а, наоборот, от обстоятельств прошлого. Хотя, конечно, можно считать, что продавец обещает покупателю спокойное обладание вещью, т.е. что в будущем она не будет у него виндигирована. На самом деле в норме об эвизии нет необходимости, если рассматривать обязанность передать право собственности как входящую в предмет обязательства, которое имеет характер достижения результата. Но рассмотрение этого вопроса отклоняется от содержания комментируемого пункта.

2. По общему правилу, предусмотренному пунктом 3 статьи 308 ГК РФ, обязательство не создает прав и обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц). Соответственно, стороны обязательства не могут выдвигать в отношении третьих лиц возражения, основанные на обязательстве между собой, равно как и третьи лица не могут выдвигать возражения, вытекающие из обязательства, в котором они не участвуют. Например, при переходе прав кредитора к другому лицу по договору об уступке требования должник в качестве возражения против требований нового кредитора не вправе ссылаться на неисполнение цессионарием обязательство по оплате права требования перед цедентом.

Вместе с тем в установленных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон случаях обязательство может создавать обязанность должника совершить определенное действие или воздержаться от него в отношении третьих лиц, создавать для третьих лиц права в отношении сторон обязательства (например, в случае заключения договора в пользу третьего лица в соответствии со статьей 430 ГК РФ).

(а) Для обязательственного отношения нужно как минимум две стороны. Обязательство всегда относительно. Его можно представить себе как экономическое общение между людьми. Даже если обязательство возникает из односторонней сделки, это не значит, что в этой сделке одна сторона. Совершить сделку с самим собой юридически невозможно, а если кто-то попытается сделать подобное, то это изучается другими науками, например медициной.

Вещные права часто противопоставляют обязательственным правам на том основании, что первые имеют абсолютный характер, действуя

ergo omnes, т.е. против всех. А эти последние обязаны воздерживаться от нарушения таких прав. Но и по отношению к обязательству все иные лица, в качестве сторон в нем не участвующие, суть лица посторонние. По общему правилу они не имеют ни прав, ни обязанностей, которые охватываются обязательством. Более того, всем третьим лицам следует воздерживаться от вмешательства в чужие обязательственные отношения, поскольку иное противоречило бы фундаментальному принципу гражданского права о недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК). Для всех третьих лиц обязательство сторон — чужое частное дело. Поэтому можно говорить о приватности обязательства, закрытости его для других.

(б) Принцип относительности не только является теоретической принадлежностью науки гражданского права, но также установлен в позитивном праве. Согласно абз. 1 п. 3 ст. 308 ГК обязательство **не создает обязанностей** для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц). Во втором же абзаце установлено, что в случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон, обязательство может создавать для третьих лиц **права** в отношении одной или обеих сторон обязательства. Однако Пленум, видимо, считает абз. 1 п. 3 ст. 308 ГК недостаточно совершенным. Поэтому в первом предложении комментируемого пункта он дополняет его указанием на то, что обязательство **не создает** также и **прав** для третьих лиц (о которых речь идет в абз. 2), а не только обязанностей, но снабжает его оговоркой о том, что речь идет об общем правиле. Между тем избранная законодателем терминология, не упоминающая в абз. 1 создания прав для третьих лиц, предопределена структурой данного пункта, разделенного на два абзаца. Получается, что сначала создается какой-то гибридный абз. 1 и 2 п. 3 ст. 308 ГК с указанием на общее правило, а затем в последнем абзаце комментируемого пункта излагаются исключения из общего правила, хотя они касаются только прав, но не обязанностей. Зачем понадобилась эта реструктуризация нормативного материала, не ясно, и, кажется, содержательно это ничего не меняет.

Ссылка Пленума на весь п. 3 ст. 308 ГК в контексте его указания на **общее правило** логически не вполне корректна, поскольку этот пункт содержит как общее правило (абз. 1), так и исключение из него (абз. 2). Получается, что общее правило уже содержит исключение внутри себя, т.е. оно, как своего рода кот Шрёдингера, является и общим правилом, и одновременно исключением из него. При этом в других разъяснениях Постановления более точное указание на норму с определением абзацев используется уместным образом.

С другой стороны, принципиально важным, особенно для следующего второго предложения данного пункта, является недвусмысленное суждение Пленума, что принцип относительности является **общим правилом**. Отсюда следует, что он знает исключения. Во многих случаях отношения сторон в социуме, в том числе имущественные, настолько тесно связаны с различными субъектами, что изолировать то или иное обязательство абсолютным образом от лиц, в нем не участвующих, не получается.

Выражение законодателя о лицах, не участвующих в обязательстве **в качестве сторон** (третьих лиц), может натолкнуть на мысль, что имеют место случаи, когда третьи лица участвуют в обязательстве, но не в качестве стороны. Такие случаи если и можно обнаружить, то они не являются столь распространенными. С учетом известной дискуссии в такой позиции может оказываться третье лицо по обязательству, возникающему из договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК).

(в) Во втором предложении Пленум выводит из принципа относительности суждение о недоступности для сторон обязательства **возражений** против третьих лиц и о такой же их недоступности для третьих лиц против сторон обязательства. Хотя Пленум и не касается этого, но уж если братья за раскрытие принципа относительности, хотя бы и фрагментарное, надо добавить, что и в отношениях между собой для третьих лиц недоступны возражения по обязательству, в котором они не участвуют в качестве сторон.

Возражение, т.е. материально-правовая эксцепция (*exceptio*), является разновидностью обязательственного права, которое не представляет собой притязания на предоставление по обязательству (право требования). Право требования, секундарное право, требование к кредитору о выполнении его кредиторской обязанности, возражения — все это элементы обязательства, доступные для его сторон и направленные к соответствующей стороне обязательства, а не вовне. Почему Пленум сосредоточился именно на возражениях, достаточно сложно предположить. Возможно, этот выбор детерминирован законодательной терминологией: норма трактует об обязанностях, Пленум добавляет к ней права, а возражения зачастую правами не именуется, хотя ими являются. Приватность обязательства охватывает в качестве общего правила все обязательственное отношение целиком, т.е. обязательство в широком смысле. Поэтому суждение Пленума в качестве общего правила применимо и к секундарным правам, и к кредиторским обязанностям, и к другим правовым эффектам обязательства, например, к условию о применимом праве или о третейской оговорке.

Одна из классификаций возражений в гражданском праве разграничивает их на перемпторные (постоянные) и дилаторные (временные). Принцип относительности распространяется как на те, так и на другие.

Разъяснение Пленума не следует воспринимать избыточно широко. Конечно, стороны обязательства могут выдвигать возражения против третьих лиц, основанные на обязательстве между собой, опирающиеся как раз на принцип приватности обязательства. Например, должник вправе отказать третьему лицу в его неосновательном требовании об исполнении обязательства, если оно не уполномочено кредитором на получение исполнения (ст. 312 ГК). Равным образом и третье лицо может отклонить неосновательное притязание кредитора, ссылаясь на то, что оно не является стороной обязательства (должником). Эти права вытекают не только из принципа относительности обязательств, но также из принципа автономии воли.

(г) Для иллюстрации действия принципа относительности в части возражений Пленум выбирает цессию, при которой должник не имеет права возражать против требования нового кредитора, ссылаясь на то обстоятельство, что цессионарий не исполнил своих обязательств по оплате уступленного требования перед cedentом. Цессия представляет собой двустороннюю распорядительную сделку, направленную на передачу обязательственного требования от прежнего кредитора (cedента) новому кредитору (цессионарию), которая совершается во исполнение обязательственного договора об уступке требования. Если этот договор предусматривает оплату уступаемого требования, то он квалифицируется в качестве договора купли-продажи, товаром в котором и выступает требование первоначального кредитора к должнику. Последний в обязательствах, возникших из такого договора, в качестве его стороны не участвует и поэтому в силу принципа относительности не вправе выдвигать возражения, вытекающие из неисполненного обязательства по оплате товара. Должник не имеет законного интереса в получении cedentом оплаты от цессионария, а потому и не имеет юридических средств в обеспечении этого интереса, что достигается действием принципа относительности. Кажется, что приведенные соображения очевидны, но последующая текущая практика показывает, что приведенный пример оказался актуальным, поскольку суды продолжают допускать ошибки, которые приходится исправлять на высшем инстанционном уровне с применением комментируемого разъяснения¹.

¹ См., например, Определение СКГД от 7 ноября 2017 г. № 5-КГ17-187.

Приведенный Пленумом пример дает повод сделать уточнение, имея в виду, что, несмотря на принцип относительности, нельзя считать, что отношения между cedentом и цессионарием не могут влиять на отношения между цессионарием и должником. Как обосновано выше, обязательство по договору об уступке требования и обязательство должника перед кредитором являются различными (отдельными) обязательствами, а это служит основанием для действия принципа относительности. Но дело заключается в том, что некоторые обязательства хотя и обладают автономностью, в то же время находятся в некотором соотношении между собой, т.е. обнаруживают своего рода относительность более высокого порядка. В другом своем разъяснении Пленум указывает следующее. Сообщение о заключении договора, на основании которого уступка требования будет производиться после наступления определенного срока или условия, не может считаться надлежащим уведомлением для целей применения ст. 386 ГК. Вместе с тем должник не вправе в дальнейшем ссылаться на отсутствие уведомления, если из содержания представленного сообщения он с очевидностью мог определить момент перехода права¹. В связи с этим может возникать вопрос, например, в том случае, если цессионарий предъявляет требование к должнику в условиях, когда из содержания представленного сообщения с очевидностью следует, что срок для уступки еще не наступил. Представляется, что индифферентное отношение должника к этому очевидному обстоятельству может привести к нарушению прав первоначального кредитора. Если обнаружить в этом случае право должника на возражение, то откроется феномен, демонстрирующий возможность использования должником возражения, основанного на обязательстве, в котором он не участвует в качестве стороны.

Впрочем, если уж обращаться к поиску исключений из общего правила относительности, что Пленум не посчитал необходимым сделать для возражений, то для этого есть более очевидные примеры. Одно из наиболее иллюстративных исключений дает поручительство. Поручителю принадлежат не только собственные возражения, основанные на отношениях по договору поручительства, но и чужие — возражения должника в обеспеченном поручительством обязательстве, основанные на его отношениях с кредитором (п. 1, 2 ст. 364 ГК). Образно выражаясь, даже если должник бросает свой «эксцепционный щит», поручитель, в исключение из принципа относительности, может подобрать

¹ См. абз. 2 п. 21 Постановления от 21.12.2017 № 54.

его и защищаться им против требований кредитора. Это необходимо главным образом для того, чтобы после суброгации прав кредитора в основном обязательстве поручитель не натолкнулся на возражения должника.

(д) Абзац 2 п. 1 ст. 308 ГК содержит норму, устанавливающую исключение из принципа относительности, согласно которой в случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон, обязательство может создавать для третьих лиц права в отношении одной или обеих сторон обязательства. Пленум не ограничился цитированием нормы, а произвел ее скрещивание с фрагментами из легального понятия обязательства. Добавлен следующий элемент – **обязательство может создавать обязанность должника совершить определенное действие или воздержаться от него в отношении третьих лиц**. Зачем это было сделано, установить достаточно сложно, ибо выражение закона, которое также цитируется Пленумом, о создании для третьих лиц прав в отношении одной или обеих сторон обязательства охватывает и его добавление. Коль скоро обязательство может создавать права для третьего лица, в том числе и в отношении должника, то у последнего имеется обязанность совершить определенное действие или воздержаться от него. По самому существу нельзя создать обязательственное право (требование), не породив корреспондирующую ему обязанность. Таким образом, скорее всего эти метаморфозы с нормативным материалом бессодержательны, никакого разъяснения, выходящего за границы соответствующих норм, не содержат и представляют собой стилистические предпочтения составителей текста в раскрытии идеи исключения из принципа относительности.

(е) В качестве примера исключения из принципа относительности для прав третьего лица приводится договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК). Это означает, что Пленум не считает третье лицо стороной обязательства, возникшего из договора в пользу третьего лица.

Как уже отмечалось, Пленум не озаботился приведением примера для исключения из принципа относительности для возражений, что восполнено нами выше (см. п. «г»). Не приводятся примеры исключения из названного принципа и для других прав и обязанностей. Это сделать несложно. В отношении кредиторской обязанности можно привести все тот же договор в пользу третьего лица, которое должно исполнить кредиторские обязанности в своих взаимоотношениях с должником. Что касается секундарного права, то в качестве примера можно привести право выбора в альтернативном обязательстве, которое по его условиям предоставлено третьему лицу (п. 1 ст. 308.1 ГК).

Приведенный в разъяснении пример исключения из принципа относительности касается только обязанности должника, между тем норма ГК об исключении из данного принципа охватывает и такой случай, когда третье лицо приобретает права в отношении кредитора. Обнаружить такую ситуацию несложно, развивая приведенный Пленумом пример с уступкой. Закон, иной правовой акт или соглашение сторон могут предусматривать обязанность кредитора уступить свои права по обязательству третьему лицу, которое участником обязательства не является. Так, например, согласно п. 2 ст. 993 ГК в случае неисполнения третьим лицом сделки, заключенной с ним комиссионером, комиссионер обязан немедленно сообщить об этом комитенту, собрать необходимые доказательства, а также по требованию комитента передать ему права по такой сделке с соблюдением правил об уступке требования (ст. 382–386, 388, 389). В контексте терминологии абз. 2 п. 3 ст. 308 ГК получается, что комитент (третье лицо), не являясь стороной обязательства между комиссионером (кредитором) и его контрагентом (должником), имеет право требования в отношении кредитора (комиссионера). Пока права по сделке комиссионера с его контрагентом не уступлены, комитент (третье лицо) прав в отношении должника (контрагента комиссионера) не имеет. Когда же права по названной сделке уступлены, комитент имеет права к должнику в качестве стороны обязательства, а не как третье лицо.

(ж) Из норм закона, разъясняемых Пленумом, следует, что ни соглашение, ни закон, ни иной правовой акт не могут предусмотреть возникновение обязанности для третьего лица по обязательству, в котором оно не участвует. Исключение сделано только для прав третьих лиц (абз. 2 п. 1 ст. 308 ГК), но не для обязанностей. Тем не менее некоторое исключение, пусть и своеобразное, усмотреть в позитивном праве можно. Так, например, субсидиарная ответственность некоторых субъектов по обязательствам другого лица известна для такой разновидности юридического лица, как учреждение (п. 3 ст. 123.21 ГК). Получается, что третье лицо (субсидиарный должник) в соответствующих случаях становится обязанным по обязательству, стороной в котором оно не является. Конечно, аномальность ситуации в некоторой степени сглаживается тем обстоятельством, что собственник имущества учреждения имеет соответствующие правовые возможности контроля за действиями такого юридического лица, в том числе посредством назначения его органов управления. Кроме того, частные лица не обязаны создавать учреждения, а те, кто их создал в силу вмененного знания закона, могут рассматриваться добровольно согласившимися на бремя

субсидиарного обязательства по долгам учреждения. Помимо этого, дело можно представить так, что субсидиарный должник (третье лицо) обязан по собственному обязательству, а не по обязательству основного должника. Но это, в сущности, ничего не меняет, поскольку все равно обязанность субсидиарного должника будет обсуждаться по условиям обязательства основного должника, в котором субсидиарный должник не является стороной.

3. Однородными обязательствами, по которым кредиторы могут заключить соглашение о порядке удовлетворения их требований к должнику (пункт 1 статьи 309.1 ГК РФ), являются, в частности, обязательства, предусматривающие передачу определенных родовыми признаками вещей или прав, например, денежные обязательства или обязательства по передаче бездокументарных ценных бумаг определенной категории (типа).

(а) Обычно обязательство между сторонами возникает без какой-либо связи с тем обстоятельством, что эти стороны состоят в каком-то ином обязательственном отношении с другим лицом или определенными лицами. Однако гражданскому обороту и доктрине гражданского права известно своеобычное соглашение, которое заключается между кредиторами одного или нескольких должников. Такое соглашение можно именовать **межкредиторским соглашением**, для которого характерно, что все стороны, его заключающие, являются кредиторами одного и того же должника (должников).

Межкредиторские соглашения могут преследовать различные цели: координацию действий по получению исполнения от должника или по привлечению его к ответственности за неисполнение обязательств; коллективное предоставление отсрочки или рассрочки; договоренности об уступке требований, полностью или в части; организацию коллективного иска; установления особенностей реализации обеспечения; определение того или иного перераспределения риска несостоятельности должника и т.п. Одним словом, межкредиторские соглашения могут быть самыми разнообразными.

Дореформенной истории гражданского законодательства никогда не был известен этот вид договора. Возможно, это объясняется тем простым обстоятельством, что подобного рода соглашения трудно типизируемы и не были столь распространены на практике. Принцип свободы договора служил достаточным правовым основанием для заключения таких договоров. Данные соглашения по большей части характерны более или менее сложно структурированным предприни-

матерским отношениям, они разрабатываются профессиональными юристами, например, при синдицированном кредитовании, которые едва ли нуждаются в заполнении пробелов договора диспозитивным регулированием закона. Однако нужно обратить внимание, что участие в межкредиторском соглашении не ограничено законом предпринимательской деятельностью его сторон.

Несмотря на весьма сомнительную необходимость в специальном законодательном регулировании межкредиторских соглашений, кто-то посчитал иначе, в результате чего в ГК появилось их регулирование (ст. 309.1 ГК), которое ожидаемо оказалось несовершенно, если не сказать ошибочным. Возможно, именно это побудило Пленум уделить большое внимание данному виду соглашений, несмотря на почти полное отсутствие судебной практики. Получившийся результат, как представляется, оказался весьма неопределенным, что требует повышенной оценки рисков и сохранения высокой договорной филигранности от участников гражданского оборота, чтобы приспособить воззрения законодателя и судей к потребностям участников таких договоров.

Соглашение кредиторов позиционируется законодателем как соглашение с участием в нем только кредиторов должника. Однако нет никаких теоретических или нормативных препятствий для участия в нем и других лиц: самого должника; лиц, представивших обеспечение (залогодателя, поручителя и др.); эскроу-агентов; участников должника, являющегося хозяйственным обществом; дебиторов самого должника и т.д. В этом контексте предложенное ст. 309.1 ГК регулирование может совсем не подходить для целей подобных соглашений с более широким кругом участников. Ввиду этого стороны могут полностью исключить своим соглашением правовой режим межкредиторского соглашения, буквальным образом предусмотрев это в соглашении. Нет никаких причин навязывать свободным лицам частного права чьи-то недалекие субъективные соображения, воплотившиеся случайным образом в норме закона, не имеющей под собой ни исторической традиции, ни устоявшейся судебной и договорной практики, ни доктринальной основы.

Законодательная модель, описанная в названной выше статье, судя по всему, больше клонится лишь к одной из разновидностей межкредиторского соглашения — договору о **субординации требований**. Но и субординация кредиторов может выстраиваться с использованием различных договорных техник, а не только той, которая описана законодателем. В этом и заключается неизбежная ошибка, поскольку типизировать нетипизируемое является *a priori* невыполнимой зада-

чей. Ясно, что в силу принципа свободы договора кредиторы могут заключить такое соглашение, которое не имеет ни одного признака приведенной в норме легальной дефиниции или имеет только некоторые из них. Тот факт, что закон не претендует на исключительность описанной модели субординации кредиторов, недвусмысленно следует из п. 1 ст. 309.1 ГК. Остается надеяться, что судебная практика не станет пытаться поместить всякое межкредиторское соглашение в прокрустово ложе опрометчиво зауженной законодателем дефиниции.

Соотношение п. 1 и п. 2 ст. 309.1 ГК свидетельствует, что первый шире второго, а модель, описанная в п. 1, является частным случаем понятия межкредиторского соглашения, легальная дефиниция которого изложена в п. 1 данной статьи. При этом признаки межкредиторского соглашения там тоже являются частным случаем еще более широкого понятия межкредиторского соглашения. Иными словами, дело можно представить в виде трех кругов Эйлера. Все межкредиторские соглашения представляют собой большой круг, внутри которого находятся два пересекающихся круга, которые представляют собой модели п. 1 и п. 2 ст. 309.1 ГК.

(б) Следующая законодательная ошибка заключается в том, что, согласно п. 1 ст. 309.1 ГК, соглашение кредиторов заключается между кредиторами одного должника по **однородным** обязательствам. Никаких оснований для ограничения свободы договора в заключении межкредиторского соглашения по неоднородным обязательствам не имеется. Ясно, что однородные предоставления проще приравниваются, например, денежные обязательства, поскольку в силу принципа номинализма рубль равен рублю. Но человечество испокон веков было способно приравнивать неоднородные предоставления, иначе не было бы купли-продажи, мены, обязательств по выполнению работ и оказанию услуг и т.д.

Взаимоотношения различных лиц в обязательственном пространстве могут быть объединены такими проектами, выполнение которых предполагает возникновение различных обязанностей, в том числе и неоднородных, но объединенных одной общей целью. В рамках такого рода конгломератов должник может быть обязан перед кредиторами и по однородным обязательствам. Неужели один лишь этот факт должен уничтожать свободу действий этих кредиторов по заключению договора между собой? Вопрос, разумеется, риторический.

Пленум вместо того, чтобы исправить необоснованную рестрикцию нормы, берется за разъяснение того, какие обязательства считаются однородными. Трудно поверить, что в XXI в. судьи нуждаются

в раскрытии понятия однородных обязательств. Оно является давно укоренившимся в целом ряде конструкций обязательственного права. Для зачета, например, однородность представляет собой одну из его позитивных предпосылок, которая применяется уже не одну тысячу лет. Если бы судьи испытывали затруднения с пониманием однородности обязательств, то наиболее актуальным это было бы именно для споров, связанных с зачетом. Однако в другом постановлении, посвященном, в частности, зачету, подобного комментируемому разъяснения не содержится¹.

Мало того, что раскрытие рассматриваемого понятия не вызвано необходимостью, оно оказывается к тому же еще и не вполне точным. Редакция комментируемого пункта такова, что денежные обязательства оказываются частным случаем обязательства по **передаче определенных родовыми признаками вещей или прав**. Последнее вступает в противоречие с фундаментальным делением обязательств на денежные и неденежные, поскольку передача вещей и прав к денежным обязательствам не может быть отнесена. Что уж говорить о том, что большинство межкредиторских соглашений охватывают денежные обязательства должников, подлежащие исполнению безналичным платежом. Где здесь сыскать вещи, определенные родовыми признаками? Нужно ли говорить, что известный российский юридический оксюморон «бездокументарные ценные бумаги» к вещам также не относится, ибо такие объекты как раз никакой вещественной оболочки не имеют, а существуют в виде записей на счетах. Добавление к вещам «прав» только запутывает все дело, так как, если технически результат безналичного платежа приводит к появлению у кредитора прав требований к обслуживающему его банку, передачей права это назвать сложно, поскольку речь идет о праве требования к другому лицу. Цессия, представляющая собой передачу обязательственного права, изменения должника не влечет. Получается, что денежное обязательство оказалось ограниченным только наличными деньгами или случаями, когда у кредитора и должника один обслуживающий их банк. Что касается передачи бездокументарных ценных бумаг, если ее подводить под передачу прав, то и здесь возникнет осложнение, поскольку речь идет об особой передаче прав, а нормы о цессии здесь если и применимы, то только в случаях отсутствия специального регулирования.

Не случайно система норм об объектах гражданского права особым образом выделяет как деньги (ст. 140 ГК), так и бездокументарные цен-

¹ См. п. 12 Постановления № 6.

ные бумаги (§ 3 гл. 7 ГК). Выходит, что однородными обязательствами объявлены такие, которые предусматривают передачу определенных родовыми признаками вещей или прав, а примеры вещей не касаются, но относятся только к правам, да и то, с учетом сказанного выше, с большой натяжкой.

Но самое важное заключается в том, что если руководствоваться правильными политико-правовыми основаниями и допустить межкредиторские соглашения по любым обязательствам, все эти экзерсисы не имеют никакого значения и попросту не нужны.

(в) Толкуя п. 1 ст. 309.1 ГК, Пленум обращается лишь к понятию однородного обязательства. Но мы не можем пройти мимо вызывающего недоумение второго предложения данного пункта. Оно гласит: стороны указанного соглашения обязаны не совершать действия, направленные на получение исполнения от должника, в нарушение условий указанного соглашения. Недоумение вызывает не столько его содержание, сколько его место в систематике нормативного материала общих положений об обязательствах. Дело в том, что весь смысл этой нормы заключается в том, что обязательства, возникшие из рассматриваемого соглашения, должны соблюдаться, а не нарушаться. При ее прочтении невозможно избавиться от ощущения *déjà vu*, что и неудивительно, поскольку в ч. 1 ст. 309 ГК уже было сказано, что 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.

Неужели проектировщики этой нормы не понимали, что ее добавление только к межкредиторскому соглашению просто нелепо, ибо из систематического толкования следует, что стороны всех других соглашений не обязаны воздерживаться от нарушения их условий. Видимо, принцип системности законодательства был совершенно предан забвению при создании этого «шедевра юридической мысли».

(г) Уделяя внимание не столь сложному аспекту, как понятие однородных обязательств, Пленум не касается собственно предмета межкредиторского соглашения. В п. 1 ст. 309.1 ГК к нему отнесен порядок удовлетворения их требований к должнику. Законодатель выделяет два случая, которые охватываются названным понятием, а именно: 1) **очередность** удовлетворения требований и 2) **непропорциональность** распределения исполнения. Некоторая сложность усматривается в том, что ни законодатель, ни Пленум не раскрывают механику реализации такого предмета договора. Какие именно действия должны быть

совершены, чтобы достичь цели договора в отношении очередности и в отношении непропорциональности?

Что касается очередности исполнения, то этот модус действий отчасти раскрывается в п. 2 ст. 309.1 ГК. Получив исполнение от должника по своему обязательству, субординационный кредитор обязан передать исполненное преференциальному кредитору, в чем и заключается первоочередность удовлетворения требований. Однако такой эффект можно наблюдать в условиях, когда должником нарушены сроки исполнения обязательств как перед одним, так и перед другим кредитором либо когда срок исполнения обязательства перед преференциальным кредитором наступает позже срока по обязательству субординационного кредитора. В этих случаях преференциальный кредитор за счет субординационного кредитора получает исполнение в первую очередь и досрочно. Разумеется, условия об очередности могут оказаться более разнообразными, особенно при множестве различных обязательств и при множественности самих кредиторов. Что же касается случая, когда субординационный кредитор обязан передать полученное им исполнение от должника преференциальному кредитору, по требованию которого к должнику срок еще не наступил, встает вопрос о досрочном исполнении (об этом см. п. «л» комментария к п. 5 Постановления).

Однако какова механика исполнения условия межкредиторского соглашения в части непропорциональности распределения полученного от должника, совершенно ускользает от внимания как законодателя, так и Пленума.

Учитывая модель субординационного соглашения, установленную в п. 2 ст. 309.1 ГК, допустимо предположить, что непропорциональность, в частности, может реализовываться в том, что, получив исполнение от должника, субординационный кредитор передает все полученное преференциальному кредитору, а по суброгации к нему переходит требование преференциального кредитора к должнику в меньшем размере. Например, получив процентный платеж за очередной период от должника и передав полученное другому кредитору, субординационный кредитор получит требование об уплате процентов по обязательству перед преференциальным кредитором, исходя из иной ставки, согласованной сторонами межкредиторского соглашения. Непропорциональность и вовсе может предусматривать исключение суброгационного механизма, когда часть полученного передается преференциальному кредитору и никакого права по суброгации к субординационному кредитору не переходит вовсе.

4. В силу пункта 3 статьи 309.1 ГК РФ соглашение кредиторов не создает обязанности для должника, не участвовавшего в этом соглашении. Предусмотренный таким соглашением порядок удовлетворения требований не является основанием для отказа кредитора в принятии предложенного должником надлежащего исполнения. В случае такого отказа кредитор считается просрочившим (пункт 1 статьи 406 ГК РФ).

Равным образом соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их однородных требований к должнику создает обязательства между кредиторами, но не меняет порядок проведения процедур и очередность удовлетворения требований кредиторов, установленные Федеральным законом от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

(а) В комментируемом пункте Пленум, отклоняясь от последовательности изложения нормативного материала, обращается к п. 3 ст. 309.1 ГК, а в следующем пункте возвращается к п. 2 названной статьи.

Согласно п. 3 ст. 309.1 ГК соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон, в том числе для должника (ст. 308 ГК).

Первое предложение разъяснения фокусируется только на должнике и почему-то в прошлом времени трактует о **должнике, не участвовавшем** в соглашении кредиторов. Эта грамматическая странность, конечно, не должна вводить в заблуждение, поскольку если ранее должник не участвовал в таком соглашении, а потом стал участвовать, то вывод должен быть прямо противоположным. Если же должник не участвует в соглашении кредиторов, то действительно в силу принципа относительности, который законодатель почему-то обозначает через нормативную отсылку ко всей ст. 308 ГК, а не к ее п. 3, обязанностей иметь не может.

Надо заметить, что сам п. 3 ст. 309.1 ГК является излишним, поскольку установленное им правило и так следует из п. 3 ст. 308 ГК. Будучи последовательной, такая юридическая техника приводила бы к тому, что к каждому договору, урегулированному законом, было бы добавлено такое же положение, но пока дело ограничивается рассматриваемым соглашением и корпоративным договором (п. 5 ст. 67.1 ГК).

То, что на должника, не участвующего в соглашении, оно не распространяется, очевидно. Немного полезнее было бы коснуться как раз обратной ситуации, когда должник участвует в таком обязательстве. Ясно, что его права и обязанности в таком случае определяются

содержанием конкретного соглашения, а потому не поддаются абстрактному анализу. Для последнего есть почва только в таком случае, если его участие номинально, например, он подписывает письменный межкредиторский договор и более ничего (это скорее присутствие, а не участие). Здесь, видимо, следует считать, что он согласился изменить свои обязательства сообразно договоренностям кредиторов. Однако такое положение вещей влечет риски коллизий и неясностей, а потому участникам гражданского оборота следует избегать этой договорной техники. Если должник участвует в межкредиторском соглашении, следует гармонизировать его с условиями обязательств должника с каждым из кредиторов, а также при необходимости определить его дополнительные права и обязанности.

(б) Пленум трактует о том, что соглашение кредиторов, в котором должник не участвует, **не создает обязанности** для должника. Но означает ли это, что и право должника произвести исполнение в соответствии с условиями этого соглашения у него отсутствует? Понятно, что во многих случаях должник может даже не знать о наличии межкредиторского соглашения, но нельзя исключать и обратного, когда он в точности знаком с его содержанием и, к примеру, обладает его копией. Преференциальный кредитор может тем или иным законным образом побудить должника произвести ему исполнение напрямую, и необходимо определить, каковы юридические последствия этого исполнения. Кроме того, в силу тех или иных обстоятельств должник сам может быть заинтересован исполнять обязательство напрямую преференциальному кредитору.

Видимо, следует исходить из общего правила, что обязательство следует исполнять в соответствии с его условиями, в том числе надлежащему кредитору. Поэтому удовлетворение преференциального кредитора будет означать, что должник исполнил свое обязательство перед ним, а не перед субординационным кредитором. Межкредиторское соглашение не меняет условия обязательств кредиторов с должником, если только должник не согласился на это, участвуя в соглашении кредиторов. Поэтому у должника нет не только обязанности, возникающей из соглашения кредиторов, в котором он не участвует, но и права исполнять обязательства иным образом, сообразуя его с этим соглашением.

Другое дело, когда воля должника действительно была странным образом направлена на погашение обязательства перед субординационным кредитором с последствиями погашения обязательства перед преференциальным кредитором, то эти последние могут одобрить

такое исполнение обязательства, чтобы вписать их в программу своих отношений, дабы она достигла тех целей, на которые была направлена. Кроме того, кредиторы и сами могут определить желаемые ими последствия в отношениях между собой, заключив соответствующее соглашение.

(в) Коль скоро соглашение кредиторов никак не воздействует на отношения должника с кредиторами, то из этого логически следует сделанный Пленумом вывод о том, что кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения от должника. Тот факт, что по условиям соглашения исполнение обязательства должником в пользу одного кредитора причитается другому кредитору (преференциальному кредитору) полностью или в части, должника не затрагивает, поскольку это обязывает соответствующего субординационного кредитора, а не должника. Вместе с тем субординационный кредитор вправе возложить исполнение своего обязательства перед другим кредитором на должника (п. 1 ст. 313 ГК). Другое дело, что возложение исполнения обязательства не обязывает должника, если только не заключен договор об этом, и поэтому должник может не согласиться на такое возложение, произведя исполнение в соответствии с условиями своего обязательства.

Указание Пленума на то, что кредитор не вправе отказаться от принятия предложенного должником **надлежащего** исполнения, подлежит уточнению. Соглашение кредиторов, в котором не участвует должник, не оказывает юридического влияния на последнего. Оно не является основанием для отказа в принятии ни надлежащего исполнения, ни ненадлежащего. Если толковать второе предложение комментируемого пункта по методу *a contrario*, получится, что соглашение кредиторов может являться основанием для отказа в принятии предложенного должником ненадлежащего исполнения. Однако этот метод здесь неприменим, поскольку предикат «надлежащий» в разъяснении просто излишний. Основанием для отказа кредитора от принятия ненадлежащего исполнения являются условия обязательства, а также нормативные положения позитивного права.

Здесь может возникать вопрос о том, насколько субординационный кредитор свободен в реализации своего секундарного права на отказ от принятия ненадлежащего исполнения. Прежде всего надо заметить, что осуществление этого его права может быть ограничено соглашением кредиторов или обставлено предусмотренными им условиями. Если же соглашение не содержит никаких положений в отношении права субординационного кредитора на отказ от принятия исполнения,

то и здесь можно высказать сомнения в полной свободе такого кредитора. Дело в том, что когда по условиям соглашения полученное субординационным кредитором от должника причитается преференциальному кредитору, в отношениях сторон можно усмотреть элемент своеобразной фидуциарности. Получается, что субординационный кредитор как бы ведет чужое дело, а потому он должен руководствоваться не только своими интересами, но и интересами другого кредитора, которому причитается полученное от должника. Если последнее верно, то отказ от принятия исполнения требует согласия преференциального кредитора. При отсутствии согласия такого кредитора в разумный срок субординационный кредитор должен действовать из предполагаемых интересов другого кредитора, т.е. необходимо определить, отказался ли разумный и информированный участник гражданского оборота от принятия ненадлежащего исполнения в сложившихся обстоятельствах. Вместе с тем, учитывая отсутствие в нашей юриспруденции устоявшегося воззрения на этот счет, участникам межкредиторских соглашений настоятельно рекомендуется урегулировать этот вопрос договором.

В любом случае правомерный отказ кредитора от принятия ненадлежащего исполнения влечет соответствующие правовые последствия в его отношениях с должником. А последствия такого отказа в отношениях с преференциальным кредитором обсуждаются отдельно. И наоборот, должник не вправе ссылаться на те или иные ограничения права на отказ от принятия исполнения, установленные в межкредиторском соглашении, поскольку не является его стороной.

Пленум трактует о недопустимости отказа кредитора от **предложенного** должником надлежащего исполнения, поскольку таким словесным оборотом оперирует закон (п. 1 ст. 406 ГК). Но верное толкование этого положения должно охватывать и случаи уже полученного кредитором исполнения. Ясно, что согласно *argumentum a fortiori* кредитор не вправе и возвратить полученное исполнение, ссылаясь на соглашение кредиторов, по которому оно причитается другому кредитору. Но верно и обратное, если субординационный кредитор вправе отказаться от принятия предложенного должником ненадлежащего исполнения, он вправе и возвратить уже полученное фактически, но не принятое юридически исполнение, а в соответствующих случаях обратиться к специальным правовым режимам, например, заявить о принятии исполненного на ответственное хранение (ст. 514 ГК).

(г) В третьем предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум формулирует с очевидностью следующий из предыдущего предложения

вывод о том, что отказ кредитора в принятии надлежащего исполнения ставит его в просрочку и ссылается на п. 1 ст. 406 ГК. При этом, конечно, это суждение никак не ограничивает действие института **просрочки кредитора** для других предусмотренных законом случаев таковой, помимо отказа в принятии надлежащего исполнения.

Пленум фокусируется на последствиях отказа кредитора в принятии надлежащего исполнения в его отношениях с должником. Но необходимо принять во внимание, что одним таким своим действием субординационный кредитор может породить и другое юридическое последствие — его просрочку в отношениях с другим кредитором. Если по условиям межкредиторского соглашения субординационный кредитор обязан передать полученное исполнение от должника преференциальному кредитору, то его неправомерный отказ от принятия исполнения от должника должен рассматриваться как просрочка исполнения этого обязательства перед другим кредитором. В этих отношениях он выступает должником, а не кредитором. Таким образом, одно действие или бездействие субординационного кредитора ставит его одновременно в просрочку кредитора и в просрочку должника, но по разным обязательствам. Суждение о том, что, по-видимому, просрочки в передаче полученного от должника не может быть, поскольку субординационный кредитор ничего от должника не получил, должно быть отвергнуто как схоластическое. Субординационный кредитор допускает *mora debitoris*, поскольку отсутствие полученного от должника исполнения в данных обстоятельствах зависит от его собственных действий. В этой ситуации можно обсуждать вопрос об ответственности субординационного кредитора перед преференциальным кредитором.

Соглашением кредиторов могут быть предусмотрены специальные последствия просрочки субординационного кредитора при его отказе от принятия исполнения от должника, например, переход права требования к другому кредитору или возникновение обязанности по предоставлению в том же размере, как и размер исполнения, от принятия которого он отказался.

(д) Как уже упоминалось (см. п. «а» комментария к п. 3 Постановления), одной из целей заключения межкредиторского соглашения является перераспределение рисков несостоятельности должника между кредиторами. Один или несколько кредиторов могут принять на себя больший риск банкротства должника по отношению к другому или другим кредиторам. Например, в соглашении кредиторов, в котором участвуют мажоритарные кредиторы, а к ним присоединяются миноритарные кредиторы, могут предусматриваться диспропорциональ-

ные условия на случай несостоятельности заемщика. Миноритарные кредиторы, стремясь поучаствовать в коллективном кредитовании заемщика, готовы принять на себя больший риск, поделившись причитающимся с несостоятельного должника в определенной доле с мажоритарными кредиторами. Получается, что по соглашению сторон изменяется принцип *pari passu* и кредиторы оказываются не равны между собой, хотя и принадлежат к одному рангу (очереди). Соответственно, одни кредиторы получают преференции за счет и с согласия других кредиторов. Диспропорциональные соглашения должны быть эффективными при несостоятельности, в противном случае они станут более рискованными и не будут в полной мере достигать тех непротивоправных целей, которые преследуют их участники. Однако Пленум скорее умаляет их эффективность, чем поддерживает ее.

(е) Абсолютно верно постулируя, что соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их однородных требований к должнику создает обязательства между кредиторами, Пленум добавляет два негативных последствия такого соглашения: 1) оно не меняет **порядок проведения процедур** несостоятельности и 2) оно не меняет **очередность** удовлетворения требований кредиторов при несостоятельности.

Понятно, что судьи были озабочены сохранением установленного Законом о банкротстве справедливого баланса прав участвующих в деле о банкротстве кредиторов. Действительно, права других кредиторов не могут затрагиваться межкредиторским соглашением в силу того же принципа относительности. Участники такого соглашения не вправе получать какие-либо преференции по отношению к другим кредиторам и к должнику, равно как рассчитывать на какие-то льготные условия в процедурах несостоятельности, хотя бы это и было предусмотрено условиями их соглашения.

Между тем с учетом непротивоправных целей участников межкредиторского соглашения можно было бы придать ему большую эффективность, не вступая в противоречие с правами других кредиторов. Поскольку несостоятельность должника максимизирует риски кредиторов, а также влечет риски несостоятельности самих кредиторов, их интерес в фактическом получении удовлетворения в соответствии с условиями межкредиторского соглашения обостряется. В этой связи можно было бы гармонизировать процедуру удовлетворения требований реестровых кредиторов и условия межкредиторского соглашения. Имеется в виду обязанность арбитражного управляющего по удовлетворению кредиторов в соответствии с условиями их соглашения, в том числе с установленными ими пропорциями, но в пределах совокупной

суммы, подлежащей выплате всем таким кредиторам согласно реестру и с отступлением от принципа *pro rata*, но с соблюдением принципа *pari passu*. Приведем пример. Допустим, 9 кредиторам из 100 причитается по реестру к выплате в совокупности 90 млн. Возьмем для упрощения, что размер причитающегося каждому кредитору по реестру равен 9 млн, а по условиям межкредиторского соглашения четверо субординационных кредиторов имеют диспропорциональную долю в 50%. Таким образом, этим четверым кредиторам арбитражный управляющий выплачивает по 4,5 млн (всего 18 млн), а шестерым другим (преференциальным) кредиторам по 12 млн (всего 72 млн). В итоге в пользу кредиторов по межкредиторскому соглашению подлежит выплате 90 млн, т.е. ровно та же сумма, что и в соответствии с реестром кредиторов, а потому права других кредиторов не затрагиваются. В то же время интерес каждого преференциального кредитора оказывается удовлетворен должным образом, поскольку ни один из них не несет риски получения причитающегося от субординационного кредитора, получая все причитающееся непосредственно от должника.

В этой ситуации единственным лицом, которое может испытывать некоторые дополнительные издержки и риски, является арбитражный управляющий, однако его социальная и профессиональная роль, в частности, как раз и заключается в том, чтобы справедливо распределить активы должника в пользу кредиторов. Более того, согласно закону арбитражный управляющий, пожалуй, является самым ответственным человеком, поскольку обязан действовать не только в интересах кредиторов и должника, но и вообще в интересах всего общества, т.е. *mankind*.

Поскольку расчеты с кредиторами являются соответствующим этапом процедуры несостоятельности, то в силу разъяснения Пленума, видимо, описанная нами схема взаимоотношений натолкнется на эту правовую позицию, хотя ничьих прав не нарушает.

Учитывая, что законодатель и суд не позаботились об эффективной защите интересов преференциальных кредиторов, им следует озаботиться этим самим. Вследствие банкротства должника возрастает риск банкротства самого субординационного кредитора. Кроме того, преференциальный кредитор может испытывать опасения в демотивации субординационного кредитора по активному отстаиванию своих прав в процедуре банкротства должника. В соответствующих случаях все полученное или значительную его часть субординационный кредитор обязан передать другому кредитору, а потому он может вести себя пассивно, манкируя своими правами и нарушая интересы

преференциального кредитора. Помимо этого, как уже было обосновано, получение выплаченного по реестру от субординационного кредитора может повлечь известные риски. Поэтому преференциальным кредиторам можно договориться с субординационными кредиторами о том, что в случае несостоятельности должника их права требования полностью или в соответствующей части автоматически или по требованию преференциального кредитора переходят к преференциальным кредиторам в соответствующих пропорциях. Это позволит снять риски неприемлемого поведения субординационного кредитора, а также получения выплат через него.

5. Согласно пункту 2 статьи 309.1 ГК РФ принятое от должника надлежащее исполнение кредитор обязан передать другому кредитору или другим кредиторам в соответствии с соглашением между ними.

В таком случае исполненным в соответствующей части считается обязательство должника в отношении кредитора, принявшего надлежащее исполнение, к которому в соответствующей части переходит требование к должнику от кредитора, которому передано исполнение.

(а) Как уже отмечалось выше (см. п. «а» комментария к п. 3 Постановления), законодатель позиционирует межкредиторское соглашение в качестве одной из разновидностей субординационного соглашения, описывая одну из его моделей в п. 2 ст. 309.1 ГК. Этот вариант базируется, по существу, на установлении первоочередного и (или) диспропорционального права на удовлетворение требований преференциального кредитора с перераспределением риска неисполнительности должника на субординационного кредитора.

Полученное от должника исполнение субординационный кредитор обязан, согласно условиям соглашения, передать полностью или в части преференциальному кредитору, а право требования последнего к должнику в размере переданного ему переходит в силу закона (суброгация) субординационному кредитору. Образно говоря, последний меняет полученное исполнение на право требования к должнику, чем принимает на себя риск дальнейшей неисполнительности должника, включая его банкротство. Если же эти риски не реализуются, то это означает, что преференция выражается только в первоочередности. Если исполнение не получено от должника и он впадает в банкротство, то первоочередное получение исполнения становится невозможным, поскольку удовлетворение реестровых кредиторов производится не по условиям обязательства, а в соответствии с Законом о банкротстве.

Установленное в п. 2 ст. 309 ГК правило не имеет большого смысла, поскольку его практически невозможно применить без детализации в договоре. Стало быть, стороны все равно нуждаются в согласовании ряда положений о том, кто из кредиторов является преференциальным, а кто субординационным, в каком размере полученное исполнение должно передаваться другому кредитору, по какому именно обязательству должника, каковы пропорции при непропорциональном распределении исполнения. Между тем диспозитивное регулирование для того и нужно, чтобы стороны договорились по соответствующим существенным условиям договора, а диспозитивные правила закона оказались частью их договора, если они не изменены по воле сторон. Конечно, гипотетически можно представить себе ситуацию, когда, например, двое кредиторов заключили межкредиторское соглашение, обозначили в нем два обязательства должника и каким-то образом указали на то, кто является преференциальным кредитором, а более ничего не согласовали. В этой ситуации, применяя упомянутое законоположение наряду с другими положениями закона, можно будет восполнить его лаконизм, заключив, что субординационный кредитор обязан по требованию преференциального кредитора (п. 2 ст. 314 ГК) передать последнему все полученное от должника, а право требования преференциального кредитора в размере переданного ему исполнения переходит к субординационному кредитору. Однако кажется достаточно нереалистичным предположить широкую договорную практику, когда стороны, взявшись заключить столь нетипичное соглашение, окажутся настолько немногословными, чтобы им понадобилась помощь законодателя. Что касается такой разновидности субординационного соглашения, как непропорциональное распределение исполнения, то его и вовсе невозможно помыслить без должной конкретизации пропорций, равно как без определения механики распределения, поскольку она может быть самой разнообразной, а закон ее и вовсе не раскрывает. Выходит, что рассматриваемое законоположение, а стало быть, и вся новелла ГК никому не нужны.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум в присущей ему манере излагает первое предложение п. 2 ст. 309.1 ГК в измененной редакции, которая имеет как достоинства, так и недостатки по сравнению с нормой закона. Сложность заключается в понимании того, насколько изменение редакции следует воспринимать как намерение придать юридическое значение этим лексическим изменениям. Кроме того, разъяснение нельзя применять буквально, без понимания существа модели данной разновидности межкредиторского соглашения.

Если закон трактует об исполнении, полученном от должника одним из кредиторов, то Пленум оперирует понятием **принятого исполнения**. Скорее всего, замена полученного исполнения на принятое исполнение есть всего лишь следствие стилистических предпочтений составителей текста. Но в этом можно усмотреть и содержательный момент. Как указывалось выше, фактически полученное исполнение может рассматриваться как юридически непринятое кредитором (см. п. «в» комментария к п. 4 Постановления). Следовательно, обязанность кредитора передать другому кредитору полученное от должника возникает только в том случае, если такое исполнение является юридически принятым кредитором, а не только фактически полученным. Но с уверенностью сказать, действительно ли это имелось в виду, не представляется возможным. Методологически, наверное, было бы проще считать, что когда источник права оперирует понятиями переданного исполнения, передачи исполнения, получения исполнения и подобными терминами, следует считать, что исполнение принято (получено) кредитором, если иное не вытекает из контекста.

Согласно закону кредитор обязан передать другому кредитору исполнение, полученное от должника. Однако Пленум опять (см. п. «в» комментария к п. 4 Постановления) безосновательно добавляет к законодательному термину ненужный предикат «**надлежащее**» исполнение. Дело в том, что предполагаемый интерес преференциального кредитора заключается в снижении рисков неисполнительности должника, а потому разумный кредитор, за пределами каких-то совсем специфических ситуаций, предпочтет снизить этот риск хотя бы в части, т.е. получить и ненадлежащее исполнение. К последнему, в частности, следует отнести просроченное и частичное исполнение. Неужели следует считать, что обязанности у субординационного кредитора не возникает, если он получил от должника только часть причитающегося или получил его с просрочкой? Вопрос кажется риторическим. Отсюда вывод: понятие надлежащего исполнения следует толковать ограничительно, имея в виду очевидный интерес преференциального кредитора. Его применение будет уместным, например, в том случае, если от должника получено иное предоставление, чем причитается кредитору, скажем, вместо платежа получены ценные бумаги. Хотя и здесь могут обнаружиться нюансы, например, когда преференциальный кредитор одобрил соглашение субординационного кредитора и должника об отступном, по которому вместо денег передаются ценные бумаги. Если иное не вытекает из отношений сторон в такой ситуации, как представляется,

следует признать, что эти ценные бумаги подлежат передаче преференциальному кредитору.

Законодатель использует совершенно неприемлемую формулировку об исполнении, полученном от должника одним из кредиторов **в нарушение** условий соглашения между кредиторами. Дело в том, что юридически никакого нарушения здесь не может быть в принципе. Со стороны должника такое нарушение не может иметь места, поскольку не участвующий в названном соглашении должник не имеет обязанностей, которые он мог бы нарушить (п. 3 ст. 309.1 ГК). Со стороны получившего исполнение от должника кредитора также не может быть нарушения, ибо, напротив, он как раз обязан принять исполнение от должника, чтобы иметь фактическую возможность исполнить свое обязательство перед другим кредитором, передав ему полученное. Одним словом, иначе как юридическим недоразумением этот законодательный пассаж не назовешь.

Не удивительно, что Пленум не транслирует эту нелепость в текст своего разъяснения, а при первоначальном рассмотрении проекта Постановления этот аспект затрагивался¹. Но обратной стороной этой обоснованной редукции закона оказывается устранение указания на то, какой кредитор здесь имеется в виду. Если воспринимать текст буквально, то получается, что всякий кредитор обязан передать полученное другому кредитору или другим кредиторам, что, конечно же, неверно. Исправляет положение дел окончание предложения, из которого становится ясным, что передача полученного должна соответствовать соглашению между кредиторами. Но в соответствующих случаях это будет означать прямо противоположное — кредитор не обязан передавать полученное от должника исполнение другому кредитору. Если исполнение получено преференциальным кредитором, например, на основании его досрочного истребования, то оно не подлежит передаче субординационному кредитору, поскольку это противоречило бы цели договора. Конечно, неудобство аналитической работы с текстом закона является следствием несовершенной юридической техники законодателя, который ввел в позитивное право поименованный договор, но, вопреки нормативной традиции, не позаботился присвоить его сторонам соответствующие термины (имена), как это обычно делается в гражданском праве (продавец — покупатель, заказчик — подрядчик, арендодатель — арендатор и т.п.).

¹ См.: <https://www.youtube.com/watch?v=13BL86IEIJo>.

Замена Пленумом выражения закона «подлежит передаче» на выражение «**обязан передать**», видимо, чисто стилистическая, поскольку усмотреть здесь какой-то содержательный смысл пока не удалось. Хотя редакция Пленума не оставляет сомнений, кто обязан передать принятое от должника исполнение, контекст нормы закона также позволяет без особых затруднений сделать такой же вывод.

Если законодатель трактует об обязанности по передаче полученного исполнения кредитору по другому обязательству, то Пленум оперирует выражением об обязанности передать его **другому кредитору или другим кредиторам**. В целом это ничего не меняет, кроме акцентирования того, что субординационный кредитор может быть обязан передать полученное, согласно условиям соглашения между кредиторами, не одному из них, а нескольким. Понятно, что такое возможно, если число кредиторов в соглашении превышает двоих.

(г) Пленум также избегает неудачного законодательного оборота с акцентом на том, что исполнение получено **одним из кредиторов**. То, какое число субординационных кредиторов получило исполнение, смотря по условиям соглашения, может вообще не иметь никакого правового значения. Разъяснение не повторяет этой неточности нормы.

В этом контексте кредиторам, заключающим соглашение, следует соотнести свои интересы и урегулировать их в договоре для таких случаев, когда исполнение всеми субординационными кредиторами своей обязанности превысит размер притязания преференциального кредитора к должнику. Если договор этого не предусматривает, то, исходя из цели соглашения, следует считать, что полное покрытие требования преференциального кредитора за счет субординационных кредиторов освобождает всех субординационных кредиторов от обязанности передавать полученное от должника преференциальному кредитору и они производят разверстку (раскладку) между собой по указанным ниже правилам. Конечно, этот вопрос не актуален для случаев, когда размер притязания преференциального кредитора больше совокупного размера притязаний всех субординационных кредиторов. В качестве базовой модели при молчании договора следует исходить из того, что между собой субординационные кредиторы разделяют риск неисполнительности и несостоятельности должника в равных долях в соответствии с п. 2 ст. 325 ГК.

При множественности преференциальных кредиторов соглашение кредиторов может предусматривать их ранжирование, т.е. старшинство. Если иное не предусмотрено соглашением сторон, права преференциальных кредиторов и обязанности нескольких субординационных

кредиторов *mutatis mutandis* определяются нормами о множественности лиц в обязательстве.

С точки зрения управления рисками особенного внимания требует такая ситуация, когда, допустим, имеется один преференциальный кредитор, требование которого к должнику превышает совокупный размер требований субординационных кредиторов к должнику и один из них получает исполнение от должника. Здесь может обостряться вопрос о том, должен ли субординационный кредитор рассчитать долю, падающую на него, и передать полученное только в ее пределах или он обязан передать все полученное, а падающие на других субординационных кредиторов доли истребовать от них. Ответ на этот вопрос, видимо, зависит от того, имеются ли основания рассматривать субординационных кредиторов в качестве солидарных должников перед преференциальным кредитором. Причем нужно обратить внимание, что норма закона не ограничивает участие в межкредиторских соглашениях предпринимательскими отношениями его сторон, что также может повлиять на определение характера складывающихся обязательств.

(д) Несмотря на то, что и закон, и Пленум описывают гипотезу действия соответствующих правил с указанием на получение кредитором исполнения **от должника**, в силу принципа системности данные правила применимы и в том случае, когда исполнение получено от третьего лица (ст. 313 ГК). При этом в том случае, когда третье лицо исполняло обязательство без покрытия, предусмотренного соглашением при возложении, в силу суброгации оно занимает место кредитора в обязательстве с должником (п. 5 ст. 313 ГК). Закон не дает оснований считать, что такое третье лицо, заняв место кредитора в обязательстве с должником, также приемлет его позицию в межкредиторском соглашении. Субординационный кредитор, передав полученное преференциальному кредитору, получает по суброгации право требования последнего к должнику, но не получает преференции по отношению к третьему лицу, исполнившему обязательство должника перед субординационным кредитором.

Справедливо и обратное, если это предусмотрено межкредиторским соглашением или с согласия субординационного кредитора он может быть обязан передать полученное другому лицу по указанию преференциального кредитора (переадресация исполнения) с последствиями, предусмотренными вторым предложением п. 2 ст. 309.1 ГК (суброгация).

(е) Во втором предложении п. 2 ст. 309 ГК предусматривается, что к кредитору, который передал полученное от должника исполнение

другому кредитору, переходит требование последнего к должнику в соответствующей части.

Пленум, разъясняя эту норму, применяет тот же метод, перефразируя законоположение и дополняя его, что требует анализа на предмет выявления правовой позиции и, при наличии таковой, ее содержания.

Пленум проясняет юридическую судьбу обязательства должника перед принявшим надлежащее исполнение кредитором. Оно считается исполненным **в соответствующей части**. Причем это имеет место, судя по редакции, в случае, описанном в абз. 1 разъяснения, хотя там нет ничего, что помогло бы понять, о какой соответствующей части идет речь. Дело в том, что абз. 2 комментируемого пункта начинается словами: «В этом случае...», которые нельзя понять иначе как отсылку к абз. 1. Между тем в абз. 1 речь идет о принятии от должника надлежащего исполнения, т.е., надо полагать, во всей полноте. Откуда здесь может возникнуть «соответствующая часть» исполненного должником, остается только догадываться. Возможно, имеется в виду прекращение обязательства в той части, в которой кредитор принял надлежащее исполнение. Одним словом, правильное воззрение в обязательственном праве могло бы сводиться к более простому суждению: обязательство должника считается исполненным в той части, в которой исполнение принято кредитором.

Как и в предыдущих случаях, Пленум вслед за законодателем допускает еще одну неточность, добавляя привычный уже предикат «**надлежащее**» к термину «исполнение». Действительно, согласно п. 1 ст. 408 ГК надлежащее исполнение прекращает обязательство. Но это неполная, паллиативная картина правовой реальности. Дело в том, что если кредитор принимает ненадлежащее исполнение, например просроченное, обязательство должника также прекращается. Другое дело, что он остается обязанным по охранительному обязательству, если для него имеются правовые основания (возмещение убытков, неустойка, для денежных обязательств — охранительные проценты), но это другое, а не исполненное обязательство. Структура обязательственного правоотношения, обоснованная в теории обязательственного права, дает именно такую, более полную картину. Пленум трактует именно о **принятом** кредитором исполнении. Поэтому и здесь добавление пресловутого «надлежащего» излишне, но не должно вводить в заблуждение тех, кто знаком с названной теорией.

Сама же норма закона устанавливает только правило о переходе к кредитору, который передал полученное от должника исполнение другому кредитору, требования последнего в соответствующей час-

ти. Пленум также воспроизводит этот фрагмент, переставляя слова местами.

В абз. 2 разъяснения дважды используется словесное выражение о «**соответствующей части**». Надо принимать во внимание, что эти соответствующие части, в первом случае — обязательства, а во втором случае — требования, могут и не совпадать по размеру. Во-первых, это может следовать из условий договора. Во-вторых, это может иметь место, когда должник исполнил свое обязательство субординационному кредитору лишь в части, а последний, в свою очередь, передал преференциальному кредитору лишь часть полученного от должника. Соответственно, часть требования, переходящего по суброгации, будет меньше по размеру той части, которая была принята от должника. Иными словами, размер части требования, переходящего от преференциального кредитора к субординационному кредитору, определяется размером переданного последним в пользу первого. Естественно, такая же картина будет наблюдаться и в том случае, когда должник произвел полное исполнение, а субординационный кредитор — лишь частичное.

(ж) Если в отношениях между должником и кредитором Пленум заменяет законодательный термин «полученное исполнение» на «принятое исполнение», что, возможно, имеет не только стилистическое значение (см. п. «б» комментария выше), то в абз. 2 термин закона «переданное исполнение» не заменяется «принятым исполнением». Между тем если субординационный кредитор передает преференциальному кредитору исполнение, которое последний на основании закона или по условиям соглашения не принимает, например, если оно ненадлежащее, то суброгация не должна иметь места. Иными словами, переданное исполнение следует понимать как юридически принятое исполнение. В противном случае преференциальный кредитор, не удовлетворив своего притязания, лишится права требования к должнику.

Если же преференциальный кредитор неосновательно отказывается принимать надлежащее исполнение от субординационного кредитора, последний должен иметь право отказаться от исполнения обязательства. В этой ситуации суброгация также не будет иметь места.

(з) И закон, и Пленум описывают гипотезу правила о переходе требования (суброгации) через указание на **передачу** полученного исполнения. Именно это действие является юридическим фактом, влекущим суброгацию. Передача исполнения представляет собой волевое действие, в рассматриваемой модели соглашения — это действие субординационного кредитора. Однако такое же последствие должно

наступать и в том случае, когда последний никакого действия не совершает. Речь идет о случаях принудительного получения исполнения преференциальным кредитором (списание денежных средств или ценных бумаг на основании исполнительного документа, безакцептное списание денежных средств с банковского счета и т.п.). Это же последствие в соответствующей части должно наступать при прекращении обязательства субординационного кредитора зачетом его встречного требования к преференциальному кредитору, равно как принятие последним отступного или исполнение субординационным кредитором его новированного сторонами обязательства перед преференциальным кредитором, если иное не предусмотрено соглашением. Одним словом, учиненный в соответствии с законом суррогат исполнения влечет сообразную суброгацию.

(и) Ни закон, ни Пленум не касаются такой ситуации, когда требование субординационного кредитора к должнику прекращается иным образом, нежели исполнение обязательства.

Формально-юридически обязанность субординационного кредитора передать полученное от должника возникает, если он получил исполнение от должника. Следовательно, если обязательство должника прекратилось, а исполнение от него не получено, то субординационный кредитор ничем не обязан преференциальному кредитору. Однако этот вывод противоречит цели, ради которой стороны заключают такие соглашения.

Приведем пример. Допустим, кредитор вступил в соглашение с должником и профинансировал его бизнес-проект, реализация которого позволила бы должнику рассчитаться с кредитором. Позднее выяснилось, что должнику требуется дополнительное финансирование, которого кредитор предоставить уже не может. Он обращается к другому лицу, предлагая дофинансировать бизнес-проект. Другое лицо соглашается это сделать при условии заключения субординационного соглашения по модели, подобной той, что описана в п. 2 ст. 309.1 ГК, которое и заключается двумя кредиторами. Далее можно представить себе, что субординационный кредитор, имея встречное требование к должнику, заявит о зачете или примет от должника отступное либо новирует обязательство по соглашению с должником, простит ему долг и т.п.

Исходя из цели данного вида межкредиторского соглашения, требуется в качестве общего правила принять следующее суждение. Если субординационный кредитор получает какую-то выгоду (материальную или нематериальную) от прекращения обязательства или

в связи с этим, он обязан произвести в пользу преференциального кредитора исполнение в размере, который он мог бы реально получить от должника, если бы его обязательство не было прекращено. При получении преференциальным кредитором названного исполнения его право требования в силу суброгации переходит к субординационному кредитору.

Поскольку данный вывод не имеет поддержки в позитивном праве, сторонам лучше позаботиться о своих интересах договорным способом.

(к) Пленум, указывая на переход к субординационному кредитору требования к должнику **в соответствующей части**, не разъясняет, должна ли при этом учитываться юридическая разнородность требований, а также перфектность. Молчит по этому поводу и закон. Дело заключается в том, что требования кредиторов к должнику могут иметь разнородную структуру и различное правовое состояние, а потому указания размера в виде соответствующей части недостаточно для определения того, какие именно требования преференциального кредитора переходят по суброгации. Приведем иллюстрацию. Допустим, у преференциального кредитора имеются требования к должнику об уплате суммы основного долга, а также ряд требований об уплате процентов с несколькими просроченными процентными периодами. Предположим, что субординационный кредитор получает исполнение от должника по его требованию об уплате основного долга. Эта сумма передается преференциальному кредитору, но она не покрывает всего требования преференциального кредитора к должнику. Какое именно требование должно быть предметом суброгации?

Учитывая общую цель субординационного соглашения по перераспределению риска от преференциального кредитора к субординационному кредитору, следует исходить из того, что суброгация подчиняется этой цели. Если иное не предусмотрено соглашением, в состав переходящих по суброгации прав прежде всего должны входить требования с наиболее высоким риском без корреспонденции в юридической однородности с исполненным должником. Следовательно, по суброгации переходят требования по просроченным процентным периодам. Это соответствует применимой в данном случае ст. 319 ГК.

(л) Ни закон, ни Пленум не разрешают такого вопроса, когда сроки исполнения обязательств перед кредиторами не совпадают. Это может приводить к тому, что, например, по требованию преференциального кредитора срок исполнения еще не наступил, а по обязательству перед субординационным кредитором уже получено исполнение от должника.

Преференциальный кредитор может быть как заинтересованным, так и не заинтересованным в получении досрочного исполнения. Поскольку субординационное соглашение заключается с целью упрочения гарантий для преференциального кредитора, а не для субординационного кредитора, следует исходить из интересов первого. Из этого следует, что субординационный кредитор обязан передать полученное от должника по требованию преференциального кредитора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

6. При разрешении споров, касающихся исполнения обязательств по передаче исполнения одним кредитором другому, суд проверяет, является ли соглашение между кредиторами предусмотренным законом или иными правовыми актами договором, например договором комиссии, агентским договором или договором простого товарищества (главы 51, 52 и 55 ГК РФ), смешанным договором или договором, который не предусмотрен законом или иными правовыми актами (пункты 2 и 3 статьи 421 ГК РФ).

Если иное не предусмотрено договором и не вытекает из взаимоотношений сторон, кредитор, которому надлежит передать принятое от должника исполнение, не отвечает перед другими кредиторами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником. В этом случае кредитор обязан сообщить о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства должником, собрать все необходимые доказательства, а также по требованию кредитора, которому в соответствии с соглашением надлежало передать исполнение, передать ему права по сделке с должником. Вместе с тем принявший от должника исполнение кредитор отвечает перед другим кредитором за утрату, недостачу или повреждение имущества, полученного от должника.

(а) Несмотря на нашу критику (см. п. «а» комментария к п. 5 Постановления), межкредиторский договор оказался, пусть и неудачно и весьма лаконично, урегулированным законом договором. Стало быть, в известной дихотомии классификации договоров (п. 2 ст. 421 ГК) межкредиторский договор следует относить к договору, предусмотренному законом, т.е. к **поименованному** договору. Даже если подойти к делу с правильной классификацией договоров по принципу трихотомии и учесть также упомянутые договоры, то все равно межкредиторский договор к ним едва ли можно отнести, поскольку он не просто упомянут (как например, договор между должником и поручителем), а для него предусмотрено содержательное регулирование. Следовательно, межкредиторский договор должен признаваться поименованным

договором в гражданском праве. Однако все оказывается несколько сложнее.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум ориентирует суды при рассмотрении споров, которые касаются передачи субординационным кредитором исполнения в пользу преференциального кредитора, проверять вид договора, который предусматривает названную передачу. При этом Пленум выделяет **три группы** договоров. Первая (I) — поименованные договоры, в которую включены: 1) договор комиссии, 2) агентский договор и 3) договор простого товарищества. Вторая (II) — смешанные договоры. И третья (III) — непоименованные договоры.

Указание Пленума на то, что суд **проверяет** вид договора, может быть интерпретировано в том смысле, что как бы ни назвали стороны свой договор, если его предметом является передача одним кредитором другому исполнения, суд должен определить правильную квалификацию этого договора. Тот факт, что суд никогда не связан названием договора сторон, является общим местом в правоприменении. Это относится к любому спорному договору. Суд определяет видовую принадлежность договора в системе договоров в гражданском праве (его каузу) исходя из содержания прав и обязанностей сторон договора, а не его наименования. Давая другие разъяснения в отношении множества иных договоров, такую методологию Пленум обычно не использует. Назидание о проверке договора не делается. Скажем, когда речь идет о договоре аренды, суды не призываются к проверке того, не является ли это соглашение договором простого товарищества или безвозмездного пользования. Следовательно, Пленум полагает, что цели сторон межкредиторского соглашения, которые связаны с передачей произведенного должником исполнения одним кредитором другому, могут быть достигнуты заключением одного из названных в трех группах договоров.

В связи с этим возникает некоторая неопределенность по вопросу о том, считается ли межкредиторское соглашение поименованным видом договора и какое место оно занимает в системе договоров в гражданском праве. Тот факт, что в первой группе (I) такое соглашение не названо, подталкивает к выводу, что Пленум полагает межкредиторское соглашение непоименованным договором (III) или оно может оказаться смешанным договором (II). В этом смысле кажется достаточно неожиданным, что к непоименованному договору должны применяться поименованные в законе правила (ст. 309.1 ГК), которые, получается, сформулированы для непоименованных договоров. Если бы имелось в виду такое межкредиторское соглашение, которое не предусматривает передачу исполнения от одного кредитора другому,

равно как очередность и непропорциональность, это еще можно было бы понять, поскольку никакого другого позитивного регулирования в названной статье не имеется и договор пришлось бы квалифицировать как один из видов, принадлежащих к названной трехчленной классификации. Всякий договор является либо поименованным; либо непоименованным, включая упомянутые; либо смешанным. Как говорится, третьего, а точнее — четвертого не дано. Хотя надо полагать, что и это не вполне точно, поскольку если взять всю мыслимую и немыслимую множественность межкредиторских соглашений, то нельзя с уверенностью утверждать, что ни один из них не окажется поименованным договором какого-то иного вида, а не тем, что входит в первую классификационную группу (I) Пленума.

(в) Выбранные Пленумом виды договоров для первой классификационной группы (I) следует проанализировать на соответствие целям и совместимость с моделью межкредиторского договора, установленной в п. 2 ст. 309.1 ГК, т.е. такой модели, которая предусматривает передачу полученного от должника исполнения одним кредитором другому. Именно в случаях, **касающихся исполнения обязательств по передаче исполнения одним кредитором другому**, Пленум побуждает суды провести соответствующую проверку соглашения кредиторов.

Согласно п. 1 ст. 990 ГК по договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента.

Видимо, здесь усматривается, что субординационный кредитор (комиссионер) обязуется по поручению преференциального кредитора (комитента) за вознаграждение совершить сделку по получению исполнения от должника и сделку по передаче этого исполнения комитенту. Можно заметить, что п. 2 ст. 309.1 ГК, равно как и вся эта статья, не предусматривает никакого вознаграждения, а имущественный интерес «комиссионера» удовлетворяется за счет суброгации. Также можно заметить, что, согласно доминирующим пока воззрениям в нашей науке (хотя мы с ними и не согласны), действия по исполнению обязанностей сделки не считаются. Кроме того, о поручении на совершение сделки можно говорить лишь с натяжкой. Обычно комитент определяет, какую именно сделку следует заключить комиссионеру, поскольку последний ведет чужое дело, а не свое, а потому лишь интерес комитента определяет, что им охватывается. С межкредиторским соглашением это совсем не обязательно, что видно из приведенного выше примера такого соглашения (см. п. «и» комментария

к п. 5 Постановления). Помимо этого, во многих случаях кредиторы заключали обязательственную сделку с должником в своем интересе, а не в интересах других кредиторов, даже если межкредиторское соглашение было заключено до, а не после возникновения у кредиторов обязательственных связей с должником.

Межкредиторское соглашение можно было бы подвести под модель комиссионной сделки, если бы одно лицо заключало от собственного имени договор с должником за счет другого лица. Но это не согласуется с легальным определением межкредиторского соглашения, согласно которому каждый из его участников является кредитором одного должника, причем действует в своем интересе и за свой счет. По комиссионной модели до уступки права требования контрагентом должника является комиссионер, а после уступки — комитент.

Как указывалось выше, обязанность передать полученное от должника преференциальному кредитору можно рассматривать в качестве элемента такой разновидности отношений, как ведение чужого дела. Субординационный кредитор хотя и взаимодействует с должником от своего имени, но в той части, в которой он обязан передать полученное с должника другому кредитору, он действительно действует и в интересе преференциального кредитора. Однако, даже если согласиться с тем, что субординационный кредитор ведет чужое дело, это еще не означает, что такие отношения следует подводить под модель комиссии. Всякий комиссионный договор относится к отношениям по ведению чужого дела, но не всякое отношение по ведению чужого дела относится к договору комиссии.

Таким образом, легальная дефиниция договора комиссии плохо соотносится с межкредиторским соглашением рассматриваемого вида. Но даже если игнорировать это обстоятельство, большинство норм ГК, посвященных договору комиссии, вступят в коллизию с рассматриваемой Пленумом моделью межкредиторского соглашения или попросту не подойдут к нему. К таковым можно отнести ст. 991 о комиссионном вознаграждении, ст. 992 об исполнении комиссионного поручения, ст. 994 о субкомиссии, ст. 995 об отступлении от указаний комитента, ст. 997 об удовлетворении требований комиссионера из причитающихся комитенту сумм, ст. 1001 о возмещении расходов на исполнение комиссионного поручения, ст. 1002 о прекращении договора комиссии и ряда других.

Что касается агентского договора, то поскольку к нему в силу ст. 1011 ГК применяются в том числе нормы о договоре комиссии, то и здесь возникают такие же несовместимости.

Согласно п. 1 ст. 1041 ГК по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели.

Здесь несовместимость обнаруживается в том, что усмотреть совместную деятельность преференциального кредитора и субординационного кредитора можно только с очень большой натяжкой, а обнаружить объединения вкладов и вовсе невозможно. Ничего похожего ни в п. 1, ни в п. 2 ст. 309.1 ГК даже близко не усматривается. Стоит ли говорить, что почти все статьи, посвященные простому товариществу, едва ли можно приспособить к межкредиторскому соглашению рассматриваемого вида.

Отсюда следует вывод, что если суды начнут подводить межкредиторские соглашения под названные Пленумом виды договоров первой классификационной группы, есть высокий риск дисфункции межкредиторских договоров. Стало быть, цель их заключения окажется недостигнутой, а их стороны могут столкнуться с весьма неожиданными для себя юридическими решениями их споров.

Кроме того, крайне высокая степень лаконичности регулирования межкредиторских соглашений законом, сложность их типизации, большой потенциал реализации принципа свободы договора ставят их стороны в условия чрезвычайно высокого риска так называемой переквалификации договора судом. И в силу этих обстоятельств решения по квалификации договора, опять же, могут оказаться совершенно не соответствующими ожиданиям сторон. Помимо этого, коль скоро Пленум побуждает суды к соответствующей проверке межкредиторских соглашений, риск такой переквалификации повышается по сравнению с другими договорами, побуждение к проверке которых не предусматривается. Ясно, что при наличии конфликтной ситуации между кредиторами некоторые из них могут заявлять о том, что на самом деле их договор относится к соответствующему виду, который выгоден одному из кредиторов или некоторым из них, а не другой стороне. Иными словами, спорящие между собой кредиторы, ссылаясь на рассматриваемое разъяснение, будут стараться убедить суд, что договор следует отнести к тому или иному виду.

При этом, поскольку Пленум считает, что одно и то же действие — передача исполнения одним кредитором другому кредитору не препятствует квалификации договора и в качестве комиссионного договора, и в качестве агентского договора, и как договора простого

товарищества, возникает существенный юридический риск, что схожие по содержанию межкредиторские договоры окажутся квалифицированы разными судьями по-разному.

(г) Снижению обозначенных в предыдущем пункте комментария рисков может способствовать использование договорной техники **квалификационной оговорки**. Этот метод законом не предусмотрен, но не противоречит ему, а также отвечает принципу свободы договора. Под квалификационной оговоркой в договорном праве можно понимать такое условие соглашения сторон, в котором они заявляют (декларируют) о достигнутом общем понимании, что заключенный ими договор относится к определенному виду (позитивная квалификационная оговорка) и (или) не относится к определенному виду или видам (негативная квалификационная оговорка). Конечно, судья не связан этим условием договора и квалифицирует договор в соответствии с его пониманием закона и толкованием договора, но это лишает любую сторону договора права заявлять в суде об ином своем понимании вида договора, поскольку такое заявление с очевидностью по общему правилу натолкнется на противоречие принципу *venire contra factum proprium non valet* (он же эстоппель). Если одна из сторон согласилась с определенной видовой квалификацией договора, а другая сторона, полагаясь на такое общее понимание вида договора, действовала соответствующим образом, учитывая правовое регулирование именно этого вида договора, то последующая переквалификация договора может повлечь убытки последней стороны.

Что касается смешанного договора (II), то Пленум, к сожалению, не приводит примеров такой разновидности межкредиторского соглашения, а без его помощи такой вариант довольно трудно помыслить, поскольку эмпирика совершенно не дает почвы для обнаружения этой разновидности соглашения. Ведь согласно разъяснению такое соглашение должно одновременно содержать как минимум два элемента различных поименованных договоров и предусматривать передачу исполнения одним кредитором другому.

(д) Выражение Пленума о применении его разъяснения, содержащегося в абз. 1, при рассмотрении **споров, касающихся исполнения обязательств по передаче исполнения одним кредитором другому**, следует воспринимать в широком смысле. Правильная квалификация всякого соглашения должна иметь место в каждом случае рассмотрения спора, связанного с этим соглашением, в том числе и тогда, когда он не касается его исполнения. Так, например, очевидно, что это требуется и при рассмотрении спора о недействительности договора, его расторжении или

связанного с прекращением тех или иных обязательств, не касающегося исполнения обязательства.

(е) Общим принципом гражданского права является воззрение, согласно которому каждый отвечает за свои действия. Для того чтобы отвечать за действия другого лица, нужно дополнительное правовое основание, которое обнаруживается в сделке или в нормативном акте. Может ли межкредиторское соглашение являться таким основанием, чтобы один из кредиторов отвечал перед другим кредитором за действия должника? В первом предложении абз. 2 Пленум постулирует, что субординационный кредитор **не отвечает перед другими кредиторами** за неисполнение обязательства или ненадлежащее исполнение должника. Действительно, никаких законных оснований для этого в ст. 309.1 ГК, равно как и в других законоположениях, не имеется. Хотя субординационное соглашение и упрочивает позицию преференциальных кредиторов, способом обеспечения исполнения должником обязательства оно не является. Кроме того, если должник допускает нарушение обязательства в отношении субординационного кредитора, формально-юридически это не нарушает право преференциального кредитора, поскольку должник последнему по данному обязательству ничем не обязан в силу принципа относительности. Нарушение прав преференциального кредитора может иметь место, когда субординационный кредитор получит исполнение от должника, но в противоречие с межкредиторским соглашением не передаст его преференциальному кредитору или сделает это ненадлежащим образом, например с просрочкой.

Выражение Пленума о **кредиторе, которому надлежит передать принятое от должника исполнение**, можно было бы понять двояко. Под таким кредитором одинаково мыслится как преференциальный кредитор, которому (в адрес которого) надлежит передать принятое субординационным кредитором от должника исполнение, так и субординационный кредитор, которому надлежит совершить задолженное действие, т.е. передать принятое от должника исполнение. В этом фрагменте под кредитором, которому надлежит передать принятое от должника исполнение, в нашей терминологии понимается субординационный кредитор. Иное восприятие этого двусмысленного выражения, взятого изолированно, — в том значении, что имеется в виду кредитор, в адрес которого необходимо передать принятое исполнение, т.е. преференциальный кредитор, — не соответствует последующему взаимосвязанному разъяснению в этом предложении. Однако на этом терминологическая эквилибристика не заканчивается, поскольку уже в следующем пред-

ложении применяется понятие «**кредитор, которому в соответствии с соглашением надлежало передать исполнение**», но на этот раз из контекста ясно, что под ним понимается преференциальный, а не субординационный кредитор. Осложнение с терминологией возникает из-за того, что ни законодатель, ни Пленум не ввели наименования сторон субординационного соглашения, поэтому всякий раз, используя термин «кредитор», приходится добавлять, какой именно кредитор имеется в виду, и не всегда это удается сделать гладко. Если бы не контекст, позволяющий усвоить смысл, дело могло бы окончательно запутаться.

Отсутствие ответственности субординационного кредитора за нарушение обязательства должником является общим правилом, поскольку Пленум начинает свое разъяснение со слов: **если иное не предусмотрено договором и не вытекает из взаимоотношений сторон**. Следовательно, такая ответственность может иметь место в качестве исключения, когда сработает приведенная блокирующая разъяснение оговорка.

Какова юридическая характеристика такой ответственности? Может ли дополнительно к межкредиторскому соглашению быть заключен, например, договор поручительства, в котором субординационный кредитор выступил бы поручителем по обязательству должника?

Такое было бы возможно, если бы предполагался переход права требования субординационного кредитора к преференциальному кредитору, как в случае ручательства комиссионера¹. Если же переход права не предполагается, такое поручительство выглядит весьма нетипичным обеспечением, поскольку преференциальный кредитор, хотя и заинтересован в получении субординационным кредитором исполнения от должника, кредитором по этому обязательству не является. Если допустить такое положение дел, при неисправности должника субординационный кредитор будет обязан произвести исполнение преференциальному кредитору. Далее, согласно ординарному поручительству, поручитель по суброгации должен занять место кредитора в основном обязательстве. Однако в нашем примере кредитор и поручитель совпадают в одном лице, а переход права от одного лица к нему же — это *nonsense*. Остается заключить, что исполнение такого поручительства не влечет суброгации, если этот договор вообще может быть отнесен к поручительству. Заплатив преференциальному кредитору, субординационный кредитор принимает на себя риск неисполнения обязательства должником, за счет которого он имеет возможность возместить свои издержки. Последнее не вступает в противоречие

¹ См. п. 10 Постановления № 45.

с принципом эквивалентности и не приводит к необоснованному обогащению, а лишь перераспределяет риски, что и является целью межкредиторского соглашения. Положение субординационного кредитора существенным образом не ухудшается, поскольку при обычной модели развития отношений, предусмотренной п. 2 ст. 309.1 ГК, он несет такой же риск – после суброгации права преференциального кредитора должник по нему также может оказаться неисполнительным, а при его банкротстве субординационный кредитор и вовсе может ничего не получить. Таким образом, следует заключить, что соглашение может предусматривать ответственность субординационного кредитора за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником перед ним, однако такое соглашение едва ли может быть отнесено к поручительству, поскольку не отвечает его существенным признакам. Если же право требования субординационного кредитора в отношении должника перейдет к преференциальному кредитору (об этом см. п. «ж» комментария далее), субординационный кредитор может рассматриваться в качестве поручителя.

Пленум также делает исключение из общего правила об отсутствии ответственности субординационного кредитора для случая, когда это **вытекает из взаимоотношений сторон**. Примеры таких случаев не приводятся, равно как не уточняется, о каких сторонах идет речь. Возможно, под этот фрагмент разъяснения можно подвести случаи, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обязательства является следствием действий субординационного кредитора (см. п. «г» комментария к п. 4 Постановления). Также можно предположить, что как первое предложение комментируемого абзаца, так и весь абз. 1 представляют собой попытку подведения межкредиторского соглашения под модель договора комиссии. Тогда можно увидеть, что первое предложение является адаптацией п. 1 ст. 993 ГК для достижения указанной цели. В названной норме сказано, что комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента, кроме случаев, когда комиссионер **не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица** либо принял на себя ручательство за исполнение сделки (делькредере). Однако квалификация межкредиторского соглашения в качестве комиссионной сделки, как это уже было продемонстрировано выше (см. п. «в» комментария), вызывает сомнения.

Можно предположить также, что выражение «вытекает из взаимоотношений сторон» является адаптацией указания в приведенной норме на случай, когда комиссионер не проявил необходимой осмотритель-

ности в выборе соответствующего лица (контрагента). Это имеет смысл для такой гипотетической ситуации, когда один из кредиторов принял на себя роль организатора синдиката кредиторов, подыскивая для всех подходящего должника, например с целью его кредитования, и не проявил необходимой осмотрительности в оценке платежеспособности этого лица. Однако выведение ответственности только из того факта, что один из кредиторов взялся подыскать потенциального заемщика, учитывая, что каждый кредитор заключает с ним договор самостоятельно, может вызывать сомнения. Все-таки этот случай достаточно отстоит от модели комиссионной сделки.

Надо обратить внимание, что в самом разъяснении речь идет об отсутствии ответственности кредитора, которому надлежит передать принятое от должника исполнение, перед **другими кредиторами**. Оно охватывает всех кредиторов, в том числе и других субординационных кредиторов при их множественности в межкредиторском соглашении.

Другие субординационные кредиторы, смотря по условиям соглашения, также могут быть заинтересованы в надлежащем исполнении обязательства должника перед иным субординационным кредитором. Это можно усмотреть, например, в таком случае, когда исполнение обязательства одним из субординационных кредиторов освобождает других полностью или в части от исполнения их обязательств. Однако один только этот интерес не является правовым основанием для выведения ответственности перед ними другого субординационного кредитора за действия должника, поскольку для этого не обнаруживается правового основания.

(ж) Во втором предложении абз. 2 комментируемого пункта Пленум дополняет установленное п. 2 ст. 309.1 ГК регулирование новым правилом о правах и обязанностях его сторон на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства. Из контекста взаимосвязанных положений первого и второго предложения следует, что речь идет о нарушении должником обязательства перед субординационным кредитором. Устанавливаются следующие обязанности субординационного кредитора: 1) сообщение преференциальному кредитору о нарушении обязательства должником; 2) сбор необходимых доказательств; 3) передача прав по сделке преференциальному кредитору по его требованию.

Не трудно заметить, что основой для такого разъяснения послужил п. 2 ст. 993 ГК, согласно которому в случае неисполнения третьим лицом сделки, заключенной с ним комиссионером, комиссионер обязан немедленно сообщить об этом комитенту, собрать необходи-

мые доказательства, а также по требованию комитента передать ему права по такой сделке с соблюдением правил об уступке требования (ст. 382–386, 388, 389).

Ничего подобного для межкредиторского соглашения законом не предусмотрено, и он не дает даже повода к такому его расширительному толкованию. Нельзя также утверждать, что законодатель допустил пробел в регулировании отношений. Напротив, скорее есть основания считать умолчание законодателя квалифицированным. Преференциальный кредитор, полагаясь на содержание п. 2 ст. 309.1 ГК, может обоснованно рассчитывать на то, что субординационный кредитор за свой счет должен добиться исполнения от должника, а полученное передать ему. Равным образом и субординационный кредитор может предпочесть вести дело с должником самостоятельно, а не передавать требование другому кредитору.

Тем не менее в таком подходе Пленума, быть может, и есть *ratio legis*. В случае нарушения должником обязательства субординационный кредитор может быть демотивирован в интенсивной защите своего нарушенного права, поскольку все полученное (или соответствующую часть) ему придется отдать другому кредитору. Возможные негативные последствия, которые возникают для него согласно межкредиторскому соглашению, могут оказаться недостаточными, чтобы стимулировать субординационного кредитора к надлежащей активности по защите своего права. Решение Пленума позволяет преференциальному кредитору в такой ситуации «взять дело в свои руки», потребовав передачи права. При этом такой кредитор может и не реализовывать своего права, рассчитывая на самостоятельную защиту нарушенного права субординационным кредитором, дожидаясь получения им исполнения от должника. Права субординационного кредитора ограничиваются таким разъяснением Пленума, но не критически. Экономически он даже может приобрести некоторые выгоды, сокращая свои издержки по защите нарушенного права.

Однако если субординационный кредитор начнет действовать оппортунистически, защита преференциального кредитора оказывается не вполне эффективной, поскольку ему сначала придется добиваться судебного принуждения к исполнению обязанности по передаче требования, а затем, возможно, еще и судебной защиты в отношениях с должником по переведенному судом требованию. Чтобы избежать потерь времени, дополнительных издержек и других рисков, преференциальному кредитору есть резон заранее позаботиться о включении в межкредиторское соглашение такого условия, которое способно

исправить эту ситуацию. Например, договор может предусматривать, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником право требования субординационного кредитора к должнику переходит к преференциальному кредитору на основании односторонней сделки (по требованию последнего). В таком случае требование к должнику на основании такого условия договора переходит к преференциальному кредитору в момент получения субординационным кредитором требования другого кредитора.

Разъяснение Пленума сформулировано общим образом, поэтому оно, видимо, должно применяться во всяком случае нарушения обязательства должником, независимо от того, к какому виду договора из первой группы (I) относится межкредиторское соглашение, если только из такого соглашения не вытекают иные последствия нарушения обязательства должником.

Поскольку правовая позиция предусматривает названные последствия в случае как неисполнения, так и ненадлежащего исполнения обязательства должником, она должна применяться при всяком нарушении обязательства должником. Например, если должник в противоречие с условиями обязательства исполнил его частично, впад в просрочку, в оставшейся части преференциальный кредитор вправе потребовать передачи ему прав в отношении должника. В части полученного исполнения действует п. 2 ст. 309.1 ГК, оно подлежит передаче преференциальному кредитору. Но если ненадлежащее исполнение заключается в завершившейся просрочке, т.е. субординационный кредитор получил исполнение от должника, но с опозданием, разъяснение Пленума не может применяться в полной мере, поскольку никакого требования к должнику передать невозможно, поскольку в части полученного исполнения оно прекратилось. Речь можно вести только о передаче возникших охранительных притязаний к должнику, но охватываются ли они суждением Пленума, неизвестно.

Несмотря на то, что правовая позиция не делает изъятия из сформулированного для сторон договора правила, едва ли она должна рассматриваться как императивная. Нет никаких политико-правовых оснований навязывать сторонам соглашения вопреки их воле такое правило. Поэтому стороны межкредиторского соглашения могут предусмотреть для себя иные последствия нарушения обязательства должником.

Создав новую норму права, Пленум не связал ее системным образом с нормой закона – п. 2 ст. 309.1 ГК. Поэтому возникает вопрос, действует ли суброгация в этом случае или нет. Субординационное соглашение предполагает перераспределение рисков исполнительности

должника. Но оно не предполагает полного лишения шансов субординационного кредитора на получение удовлетворения от должника. Иное представление означало бы изменение самой каузы этой сделки на такую, согласно которой субординационный кредитор лишился бы своего требования к должнику, не получая ничего взамен, т.е. соглашение превращалось бы в безвозмездный договор. Однако п. 2 ст. 309.1 ГК указывает на то, что законодатель не намерен был снабдить каузу межкредиторского соглашения безвозмездным характером. Поэтому такая модель, согласно которой субординационный кредитор передает право требования к должнику безвозмездно, может быть установлена только по воле сторон, но не навязана им по умолчанию. Следовательно, исходя из смысла п. 2 ст. 309.1 ГК, названная там суброгация должна иметь место. Но тогда фактически в результате получается обмен требованиями — субординационный кредитор передает по требованию преференциального кредитора притязание к должнику, а требование преференциального должника переходит по суброгации. Ясно, что стороны могут так договориться, но насколько такой результат по умолчанию соответствует ожиданиям сторон — это большой вопрос.

Дело осложняется тем, что гипотеза разъяснения Пленума не совпадает с гипотезой законодательной нормы, которая охватывает передачу полученного от должника исполнения преференциальному кредитору, а не передачу ему требования к должнику. Это оставляет открытым вопрос о моменте суброгации права преференциального кредитора к субординационному кредитору. Логически можно помыслить два таких момента. Первый — суброгация в размере номинала переданного требования к должнику имеет место в момент получения данного требования преференциальным кредитором. Как уже отмечалось, получается своего рода обмен правами. Но такое положение вещей снижает эффективность защиты интереса преференциального кредитора, что является целью субординационного соглашения. Субординационный кредитор при определенных обстоятельствах может получить удовлетворение по перешедшему к нему требованию от должника, а преференциальный кредитор, наоборот, не получить причитающееся или получить неполное исполнение. Поэтому предпочтительней принять второй вариант определения момента для суброгации — она должна иметь место в момент удовлетворения преференциального кредитора по перешедшему к нему от субординационного кредитора требованию в соответствующем размере.

К этому придется добавить еще одно правило. Если преференциальный кредитор получит полное удовлетворение по своему перво-

начальному требованию, перешедшее к нему право требования субординационного кредитора подлежит возврату.

Ввиду высокой степени неопределенности в позитивном праве по рассмотренному вопросу сторонам межкредиторского соглашения настоятельно рекомендуется предусмотреть соответствующие условия в договоре.

(з) В последнем предложении комментируемого пункта Пленум опять возвращается к ситуации, когда субординационный кредитор получил исполнение от должника, что больше соотносится с положениями п. 5 Постановления. Стилистика разъяснения выдает источник вдохновения его разработчиков. Согласно п. 1 ст. 998 ГК комиссионер отвечает перед комитентом за **утрату, недостачу** или **повреждение** находящегося у него имущества комитента.

Регулирование договора комиссии в ГК является достаточно архаичным. Исторически комиссия возникла для заключения сделок купли-продажи. Комиссионер либо продавал товары комитента на рынках, локализованных в другом месте, либо приобретал там для него товары. Поэтому соответствующие нормы сформулированы с учетом того, что комиссионер владеет товарами, принадлежащими комитенту. Согласно п. 1 ст. 996 ГК вещи, поступившие к комиссионеру от комитента либо приобретенные комиссионером за счет комитента, являются собственностью последнего. Отсюда и характерная ответственность за утрату, недостачу и повреждение.

Межкредиторские соглашения чаще имеют своим объектом денежные обязательства должника, для которых названные Пленумом виды нарушений обязательства как раз не характерны. Едва ли являются реалистичными и релевантными, в особенности для безналичных расчетов, утрата, недостача или повреждение безналичных денежных средств на банковском счете. Кроме того, даже если нечто подобное и произойдет, субординационный кредитор отвечает не за это, а за неисполнение обязательства по уплате соответствующей суммы преференциальному кредитору. Юридическая природа обязательственного отношения по передаче полученного от должника заключается в наличии у субординационного кредитора долга перед преференциальным кредитором в размере полученного от должника, если иной размер не определен соглашением сторон. Если полученное от должника выражается в ценных бумагах, наличных деньгах, вещах, определяемых родовыми признаками, то и здесь ответственность наступает не за их утрату, недостачу или повреждение, а за неисполнение обязательства по их передаче преференциальному кредитору. В отличие от комис-

сионера по договору комиссии субординационный кредитор получает исполнение для себя, т.е. соответствующее предоставление поступает в его имущество, а в отношении вещей — в его собственность.

Тот факт, что по внешней видимости перечень нарушений обязательства субординационным кредитором видится закрытым, не должен вводить в заблуждение. Такое положение дел объясняется некритичным подведением отношений под договор комиссии. Самым распространенным нарушением всякого обязательства, а следовательно, и обязательства по межкредиторскому соглашению является просрочка. Несмотря на то, что в указанном перечне она не названа, субординационный кредитор, конечно же, отвечает за просрочку, поскольку всякое обязательство должно 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).

Под **другим кредитором**, несмотря на отсутствие аналогичной оговорки, как в предыдущем предложении, должен пониматься не всякий кредитор, а управомоченный на получение исполнения от своего контрагента, т.е. в нашей терминологии — преференциальный кредитор или, по терминологии Пленума, кредитор, которому в соответствии с соглашением надлежало передать исполнение. Соответственно, под принявшим от должника исполнение кредитором также не может пониматься всякий кредитор по межкредиторскому соглашению, а только субординационный. Преференциальный кредитор не отвечает ни за утрату, ни за недостачу, ни за повреждение имущества, равно как не отвечает за просрочку, поскольку он не имеет обязательств перед другими кредиторами.

7. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором и не вытекает из существа отношений между кредиторами, расходы по исполнению обязанности передать другому кредитору полученное от должника исполнение несет кредитор, получивший исполнение от должника применительно к статье 309.2 ГК РФ.

(а) Исполнение обязательства по передаче чего бы то ни было зачастую влечет те или иные расходы. Поскольку обязательство в узком смысле идет на пользу кредитора, эти расходы производятся для достижения цели обязательства — получения кредитором причитающегося по обязательству. Кредитор, вступая в соответствующее обяза-

тельство с должником, рассчитывает на результат, который должен быть достигнут обязанным лицом, т.е. должником. Интерес кредитора заключается в том, чтобы получить возможность извлекать полезные свойства объекта предоставления или распорядиться им тем или иным образом. Следовательно, стандартная модель исполнения обязательства заключается в том, чтобы предоставление иждивением должника оказалось в хозяйственной сфере кредитора. Отсюда и возникает та простая идея, что по общему правилу расходы на исполнение обязательства возлагаются на должника, поскольку это позволяет достичь цели обязательства.

Видимо, это соображение является настолько интуитивно понятным, что законодатель до недавнего времени не считал необходимым предусмотреть на этот счет какое-нибудь позитивное установление. Но после реформы ГК общие положения об обязательствах пополнились соответствующей нормой. Согласно ст. 309.2 ГК должник несет расходы на исполнение обязательства, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований. Итак, общее правило: **расходы на исполнение несет должник**, а перечень исключений сформулирован максимально широким образом и состоит из: 1) закона; 2) иного правового акта; 3) договора; 4) существа обязательства; 5) обычая; 6) обычно предъявляемых требований. Любой из названных источников может предусматривать, что расходы несет иное лицо, в том числе кредитор. Этот перечень можно было бы продолжить, предусмотрев еще и 7) практику, установившуюся во взаимоотношениях сторон.

(б) Поскольку в обязанность субординационного кредитора включается передача полученного от должника преференциальному кредитору, казалось бы, нет и не может быть никаких сомнений, что расходы на совершение этого действия возлагаются на субординационного кредитора.

Тем не менее Пленум посчитал необходимым сформулировать разъяснение на этот счет, что требует некоторого уточнения. Что касается субъекта, несущего расходы на исполнение, Пленум именуется его **кредитором, получившим исполнение от должника**. В контексте нормы закона и предыдущих разъяснений становится понятно, что это не всякий кредитор, а в нашей терминологии субординационный кредитор, поскольку только у него имеется обязанность передать полученное другому (преференциальному) кредитору. Последний же, даже при получении исполнения от должника по своему обязательству,

такой обязанности не имеет, а потому и о его расходах на передачу исполнения говорить не приходится.

Сформулировав общее правило о расходах, Пленум также перечисляет исключения из него, сравнение которых с нормой закона показывает, что одно из исключений отсутствует. Речь идет об обычае. Действительно ли Пленум считает, что обычай в принципе не может предусматривать возложения расходов по исполнению на иное лицо (лиц), или он опустил указание на обычай вследствие отсутствия такового, остается только догадываться. Впрочем, едва ли это составит какие-то практические затруднения, поскольку роль обычая в качестве регулятора гражданских отношений вообще и тем более рассматриваемых обязательственных отношений в частности вряд ли может быть сколько-нибудь заметной.

(в) Весьма удивительным является использование Пленумом термина «**применительно**» в совокупности с отсылкой к нормативному основанию сделанного им суждения, а именно к цитированной выше ст. 309.2 ГК. Как известно, согласно неформальной терминологической судебной традиции, имеющей свои корни еще в советских временах, термин «применительно» в сочетании с указанием на нормативный источник является эвфемизмом выражения «по аналогии». Иными словами, диспозитивное правило названной статьи, посвященное расходам должника на исполнение, применяется к обязанности соответствующего кредитора передать исполнение другому кредитору по аналогии, а не напрямую. Иного объяснения названному термину в контексте правовой позиции найти не удастся. Остается только понять, зачем, собственно, понадобилось прибегать к аналогии? Неужели разработчики разъяснения полагали, что коль скоро в межкредиторском соглашении участвуют одни кредиторы, применить к их действиям норму о расходах на исполнение должника напрямую невозможно? Но если это действительно так, то такое представление просто нелепо. Все без исключения участники названного соглашения являются кредиторами во внешних отношениях с должником. Но между собой, во внутренних отношениях по этому соглашению они соотносятся как кредиторы и должники. Те кредиторы должника, которые обязаны к передаче полученного исполнения от должника (субординированные кредиторы), являются должниками, а те, которые имеют право потребовать такой передачи, – кредиторами (преференциальные кредиторы). Соглашение сторон, из которого возникает обязательство по предоставлению, не может состоять только из кредиторов, это логически немыслимая ситуация, поскольку обязательство в узком

смысле представляет собой определенное действие (п. 1 ст. 307 ГК), а обязанным к его совершению является должник.

Конечно, можно помыслить себе соглашение, состоящее только из кредиторов, которые не обязаны к предоставлению чего-либо кому-либо, например, договор о констатации. Такой договор неизвестен российской правовой системе, но не противоречит закону¹. Он может заключаться, например, для устранения неопределенности по вопросам права или по вопросам факта, скажем, при наличии между сторонами спора о том, кто является действительным кредитором по обязательству. Но субординационное соглашение, которое рассматривается Пленумом, к такой разновидности договоров не относится, поскольку в силу его легальной дефиниции предполагает совершение обязанным лицом определенного действия.

Этот терминологический нюанс с аналогией закона имеет важное практическое значение, поскольку если для решения вопроса о расходах по исполнению межкредиторского соглашения требуется аналогия закона, то и для всех других аспектов исполнения участники этого соглашения оказываются в зоне фундаментального законодательного пробела. Стало быть, всякий раз и по каждому аспекту совершения соответствующего действия придется обосновывать и отыскивать подходящую норму по аналогии, что повлечет совершенно ненужные контрверзы и спекуляции. Если же считать, что все общие правила об исполнении обязательства применяются к действиям по исполнению межкредиторских соглашений напрямую, то ничего подобного делать не придется. Верным подходом является именно этот последний.

(г) Как указывалось выше, Пленум ввел своим толкованием не предусмотренную законом обязанность субординационного кредитора передать требование к должнику в случае нарушения обязательства последним в пользу преференциального кредитора. Однако разъяснение о бремени расходов сформулировано им только для случая передачи полученного от должника исполнения. Ясно, что в большинстве случаев расходы по передаче права требования либо вовсе отсутствуют, либо настолько мизерны, что это не имеет практического значения, но в каких-то случаях они могут оказаться более или менее значительными. Поскольку передача обязательственного требования также относится к исполнению обязательства, все аргументы по отнесению расходов на то лицо, которое обязано к передаче, релевантны и в отношении такого действия. Следовательно, если иное не предусмотрено

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 22 марта 2011 г. № 13903/10.

соглашением сторон, расходы на передачу права требования преференциальному кредитору ложатся на субординационного должника.

8. К уступке требования, совершенной кредиторами одного должника между собой, положения статьи 309.1 ГК РФ не применяются.

(а) Субординационное соглашение предусматривает совершение одной стороной действия по передаче полученного от должника исполнения и суброгационный переход требования от другой стороны в пользу первой стороны. Уступка требования представляет собой распорядительный договор, заключаемый во исполнение обязательственного договора, в соответствии с которым одна из его сторон приняла на себя обязанность передать обязательственное требование другой стороне. Такое раздельное изложение определений данных договоров показывает, что это разные виды договоров, их каузы не совпадают.

В диспозитивной модели субординационного договора нет ничего, что позволило бы применять его к уступке требования. Поэтому трудно представить себе те опасения, которые могли бы сподвигнуть разработчиков рассматриваемого разъяснения сформулировать его. Более того, также затруднительно представить, как вообще технически можно применить названную статью к уступке требования. Кажется, что ее просто не к чему приладить.

Как показано выше, в модель исполнения субординационного договора заложен суброгационный переход требования, но переход права в силу закона уступкой требования не является. Это разные случаи правопреемства по обязательственному праву. Другое дело, что релевантные правила об уступке подлежат применению и к суброгации (п. 2 ст. 387 ГК).

Утверждать, что к уступке требования не применяются правила о суброгационном договоре, — это то же самое, что утверждать о неприменимости к уступке требований положений о предварительном договоре, абонентском договоре и т.д. Это все абсолютно верно, но настолько очевидно, что кажется не имеющим никакого смысла. Но не все так просто.

Пленум сам ввел такую вариацию межкредиторского соглашения в абз. 2 п. 6 Постановления, которая предусматривает обязанность субординационного кредитора передать права по сделке с должником. Но передача прав как раз и является уступкой требования, и к ней применяется в том числе и ст. 309.1 ГК, ибо такое толкование из нее и выводится, хотя и неведомым для нас образом.

Разграничить эти случаи, наверное, следует так: если между кредиторами одного и того же должника заключено соглашение, предусматривающее передачу полученного одним кредитором другому кредитору, то совершенная во исполнение такого соглашения уступка регулируется и нормами об уступке прав, и ст. 309.1 ГК. Если же кредиторы одного должника совершают уступку требования к должнику на основании соглашения об уступке, не предусматривающего такого условия, то к такой уступке ст. 309.1 ГК не применяется. Один лишь факт уступки требования между кредиторами одного должника не обосновывает наличия межкредиторского соглашения.

(б) Первоначальный проект Постановления содержал второе предложение. Там к рассмотренному суждению добавлялось, что к таким отношениям применяются положения гл. 24 ГК о перемене лиц в обязательстве. Это еще больше усиливало ощущение тавтологии, поскольку это то же самое, что разъяснить судьям, что к договору купли-продажи подлежит применению гл. 30 ГК о купле-продаже. В действующий текст Постановления это предложение не попало, хотя там не место и первому предложению.

(в) Конечно, кредиторы могли бы достигнуть того же результата, если бы заключили договор, согласно которому один из них обязался передать другому сумму, равную сумме, полученной от должника, а другой принял на себя обязательство передать свое требование к должнику на такую же или на иную сумму. В этой договорной модели действительно можно увидеть уступку требования при его исполнении, поскольку здесь требование выступает товаром по договору купли-продажи. Но не очевидно, что эта модель имеет преимущества перед субординационным договором.

(г) Применительно к уступке нужно поставить еще один вопрос, которого Пленум не касается, а он, в отличие от этого странного разъяснения, действительно актуален. Речь идет об уступке требований кредиторов, состоящих в субординационном соглашении.

Если субординационный кредитор уступит требование к должнику какому-то иному лицу, не являющемуся преференциальным кредитором, то тем самым его обязательство перед последним становится невозможным к исполнению. Третье лицо не связано субординационным соглашением, а потому его наличие уступку не порочит, за исключением констатации злоупотребления со стороны этого третьего лица¹. Стало быть, субординационный кредитор отвечает перед префе-

¹ См. п. 7 Постановления № 25.

ренциальным кредитором за наступившую невозможность исполнения (п. 1 ст. 416 ГК).

Если уступку требования к должнику осуществляет преференциальный кредитор, то новый кредитор, не участвующий в субординационном соглашении, не получает требования к субординационному кредитору, а последний освобождается от своей обязанности передать полученное от должника, поскольку суброгационный эффект наступить не может. Для того чтобы субординационный кредитор оставался связанным, преференциальному кредитору требуется двойная уступка – по требованию к должнику и по требованию из субординационного соглашения. Тогда новый кредитор приемлет во всех правах прежнего кредитора, т.е. становится на его место в названном соглашении.

9. По общему правилу, предусмотренному статьей 309.2 ГК РФ, расходы по исполнению обязательства несет должник исходя из условий этого обязательства.

Вместе с тем кредитор несет расходы по принятию им исполнения, например расходы на использование специального программного обеспечения, мобильную связь, отправку документов и т.п. Дополнительные издержки кредитора по принятию исполнения, вызванные действиями должника, возлагаются на последнего.

Дополнительные издержки должника, вызванные действиями кредитора, в частности возникшие в связи с изменением кредитором места исполнения обязательства после его возникновения, возмещаются кредитором (пункт 2 статьи 316 ГК РФ).

Правила о расходах на исполнение обязательств, предусмотренные статьей 309.2 ГК РФ, подлежат применению, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований.

(а) В данном пункте Пленум опять обращается к теме расходов на исполнение обязательства, только на этот раз общим образом, а не в отношении межкредиторского соглашения.

В абз. 1 обращается внимание на то, что должник несет расходы по исполнению обязательства **исходя из условий этого обязательства**. Сама норма закона об условиях обязательства ничего не говорит. Несмотря на кажущуюся простоту идеи, текст допускает его различное понимание.

Коль скоро условия обязательства предусматривают обязанность должника понести те или иные расходы, то в силу общего требования

об исполнении обязательств надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства (ч. 1 ст. 309 ГК) должник обязан к их исполнению. Например, если по договору должник обязан доставить объект предоставления в определенное место, что требует его перевозку, то он несет расходы по его перевозке в это место. Другое дело, что не вполне ясно, зачем нужно возлагать на должника обязанность понести расходы, если на него уже возложена обязанность по доставке товара, чего вполне достаточно для достижения цели обязательства.

Указание на то, что несение должником расходов, исходя из условий этого обязательства, является следствием действия общего правила, предусмотренного ст. 309.2 ГК, нужно воспринимать корректно. Дело в том, что если имеется в виду случай, когда условие о расходах предусмотрено обязательством, то это не общее, а единственное правило. В этом свете, возможно, имелся в виду иной аспект. В силу общего правила ст. 309.2 ГК должник несет такие расходы, которые необходимы для исполнения обязательства исходя из его условий. Иными словами, условия обязательства определяют, какие расходы должны быть произведены. Однако и это оказывается не вполне точным.

Констатация того, что ст. 309.2 ГК является **общим правилом**, имеет значение не для того, какие именно расходы требуется понести, а для того, кто именно их несет. Расходы по исполнению обязательства всегда определяются исходя из условий обязательства, независимо от того, кто их несет. Редакция разъяснения дает ненужный повод для выведения суждения, согласно которому в исключение из общего правила расходы по исполнению обязательства должник несет без учета условий обязательства. Это суждение с очевидностью ложное. Если нести расходы по исполнению обязательства, не учитывая его условия, то оно может оказаться неисполненным. Следовательно, упоминание общего правила имеет смысл только для изменения специальным правилом субъекта, который несет расходы.

Получается, что аналитический разбор сделанного разъяснения обнаруживает в нем два суждения. Если их разъединить, то это приведет к корректному пониманию. Первое — расходы по исполнению обязательства по общему правилу несет должник. Второе — расходы на исполнение обязательства определяются исходя из условий обязательства.

Но упоминание условий обязательств также требует корректного понимания. Дело в том, что те или иные расходы могут не определяться прямо или вообще никак не отражаться в условиях обязательства, но следуют из самого характера задолженного действия. Например,

в договоре перевозки указывается, что груз должен быть доставлен в определенный пункт назначения, а также провозная плата, и более ничего. Может ли перевозчик считать, что коль скоро, исходя из условий обязательства, расходы на топливо не предусмотрены, их несет отправитель груза? Вопрос кажется риторическим.

Кажется, что добавление этих пресловутых «условий обязательства» только запутывает все дело, побуждая отыскивать какой-то особый смысл, за ними стоящий. Если же их просто игнорировать, то абз. 1 оказывается лишь сокращенным повторением самой нормы, не содержащим никакого разъяснения. Причем последний вариант не так уж и плох.

(б) Исполнение обязательства требует взаимодействия двух сторон — как должника, так и кредитора. Степень взаимодействия может быть совершенно различной интенсивности, а необходимые издержки не всегда симметричны. В той или иной степени расходы по исполнению несет не только должник, но и кредитор. Речь идет об исполнении так называемых кредиторских обязанностей, т.е. совершении таких действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающих из обычаев или из существа обязательства, без совершения которых должник не может исполнить свое обязательство, например, действий по принятию исполнения.

Таким образом, при исполнении обязательств каждая из его сторон обязана совершить действия, необходимые для достижения цели обязательства. Многие действия в гражданском обороте требуют расходов. Отсюда выводится общее правило: каждая сторона несет расходы на свои действия. В законе в отличие от расходов должника расходы кредитора (кредиторские расходы) при исполнении не упоминаются. Пленум, видимо, усмотрел в законе эту асимметрию и посчитал необходимым исправить такое положение дел.

Разъяснение в части указания о возложении на кредитора его расходов **по принятию им исполнения** необоснованно заужено. Действительно, эта разновидность кредиторской обязанности является центральной, а потому выделяется законодателем, например, в правилах о просрочке кредитора (п. 1 ст. 406 ГК). Но кредитор может быть обязан к другим действиям, которые не охватываются понятием «принятие исполнения», но необходимы для того, чтобы должник имел возможность исполнить обязательство, например различные информационные обязанности кредитора. Расходы на такие действия также должны возлагаться на кредитора. Так, например, в обязательстве по ремонту вещи заказчик обязан предоставить эту вещь подрядчику. Это действие относится

к кредиторской обязанности, не имеющей отношения к принятию исполнения. Однако расходы по доставке к подрядчику неисправной вещи ложатся на заказчика, если иное не предусмотрено законом или договором.

Из комментируемого фрагмента можно усмотреть, что сформулированное в нем правило по его букве не знает исключения. Так же как и в отношении расходов должника на исполнение, расходы кредитора на исполнение кредиторских обязанностей ложатся на кредитора, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований. Пленум, видимо, считает этот аспект решенным за счет последнего абзаца данного пункта Постановления. Однако формально-юридически там говорится о правиле ст. 309.2 ГК, которому кредиторские расходы неизвестны.

В отношении расходов кредитора на принятие исполнения может возникать вопрос о границах свободы договора в части перенесения кредиторских расходов на должника, в том числе когда это принимает вид взимания некоторой платы, например, банковской комиссии за ведение ссудного счета.

В качестве примеров Пленум приводит три вида кредиторских расходов: 1) использование специального программного обеспечения; 2) мобильная связь; 3) отправка документов и т.п.

Применительно к частному случаю Пленум уже касался вопроса бремени расходов на исполнение обязательства в другом разъяснении. Расходы представителя, необходимые для исполнения его обязательства по оказанию юридических услуг, например, расходы на ознакомление с материалами дела, на использование сети «Интернет», на мобильную связь, на отправку документов, не подлежат дополнительному возмещению другой стороной спора, поскольку в силу ст. 309.2 ГК такие расходы по общему правилу входят в цену оказываемых услуг, если иное не следует из условий договора (ч. 1 ст. 100 ГПК, ст. 112 Кодекса административного судопроизводства РФ, ч. 2 ст. 110 АПК)¹. Нельзя не заметить, что если договор между представителем и доверителем квалифицировать в качестве договора поручения, то суждение Пленума расходится с законом, ибо доверитель обязан возмещать поверенному понесенные издержки, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 975 ГК). Что касается ссылок на процессуальные нормы, то они

¹ Постановление Пленума ВС от 21 января 2016 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела».

к делу не относятся, поскольку регулируют отношения между лицами, участвующими в деле, а не между сторонами договора.

Суждение Пленума о возложении на должника дополнительных издержек кредитора, если они вызваны действиями должника, подлежит уточнению. Дело в том, что **дополнительные издержки** кредитора по принятию исполнения могут быть предусмотрены программой обязательства. Следовательно, необходимо проводить дифференциацию этих случаев. Кроме того, Пленум, используя термин «дополнительные издержки», видимо, имеет в виду такие действия должника, которые можно поставить ему в упрек. Если должник управомочен совершать те или иные действия, которые могут повлечь дополнительные издержки на кредиторские расходы по принятию исполнения, то такие издержки по общему правилу лежат на кредиторе. Например, если должник требует подтверждения правомочий получателя исполнения удостоверенной нотариально доверенностью (п. 2 ст. 312 ГК), у кредитора возникают дополнительные издержки, вызванные действиями должника, однако они не могут возлагаться на должника и к такому случаю данное разъяснение Пленума неприменимо.

В некоторых случаях вопрос о необходимости возмещения дополнительных издержек окажется не вполне очевидным. Так, например, не ясно, обязан ли должник возместить дополнительные издержки кредитора, возникшие в связи с исполнением должником денежного обязательства по частям, с учетом того, что Пленум из существа ст. 311 ГК вывел общее правило о допустимости такого исполнения (см. п. «г» комментария к п. 17 Постановления).

(в) Сказанное в предыдущем пункте в отношении дополнительных издержек кредитора справедливо и в отношении дополнительных издержек должника, вызванных действиями кредитора.

Что касается приведенного Пленумом примера, связанного с изменением кредитором места исполнения обязательства после его возникновения, то он подлежит более пристальному рассмотрению, поскольку далее нигде соответствующая новелла ГК не затрагивается.

До реформы ГК ему было известно лишь фрагментарное регулирование изменения места исполнения после возникновения обязательства. В процессе реформы разработчики нового положения, видимо, вдохновившись некоторыми международными унификациями частного права, сформулировали новое правило, дополнив ст. 316 ГК ранее отсутствующим в ней п. 2. Он предусматривает, что если после возникновения обязательства место его исполнения изменилось, в частности изменилось место жительства должника или кредитора,

сторона, от которой зависело такое изменение, обязана возместить другой стороне дополнительные издержки, а также принимает на себя дополнительные риски, связанные с изменением места исполнения обязательства.

К сожалению, Пленум не посчитал нужным истолковать эту новеллу, хотя она того заслуживает.

Дело в том, что в некоторых случаях предложенное законодателем правило, примененное буквально, может приводить к несправедливому результату. Например, если обязательство предусматривало поставку товара по месту нахождения кредитора, которое после возникновения обязательства изменилось, согласно названной норме поставщик обязан поставить товар по новому месту нахождения кредитора, а последний обязан возместить ему дополнительные издержки. Хорошо, когда перемещение кредитора оказалось не столь значительным, например, он перебазировался на соседнюю улицу или еще куда-нибудь в пределах населенного пункта. Но что, если вместо Ярославля, где располагались стороны в момент возникновения обязательства, кредитор переместился, скажем, во Владивосток? Ведь в подобных случаях издержки по доставке могут оказаться выше цены самого товара. Неужели поставщик должен принять на себя такой значительный риск, понести расходы на доставку товара в надежде, что покупатель не обанкротится и благополучно возместит дополнительные расходы? Кажется, что для такого случая норма должна быть истолкована с отысканием в ее смысле исключения из общего правила. Нормативное основание для такого суждения имеется, поскольку цитированный выше п. 2 ст. 316 ГК оперирует понятием принятия на себя риска изменения места исполнения соответствующей стороной. Принятие этого риска, будучи истолкованным расширительно, может означать, что в случае, когда издержки по исполнению обязательства в новом месте являются существенными, сторона, от которой не зависело его изменение, вправе потребовать принять исполнение в прежнем месте или ином согласованном месте либо предварительно возместить необходимые расходы. В случае неисполнения этого требования в разумный срок обязанная сторона вправе отказаться от исполнения обязательства и потребовать возмещения своих убытков.

В судебной практике можно усмотреть намерение защитить интерес должника в подобном случае. В другом своем разъяснении Пленум обоснованно встает на защиту схожих интересов должника при уступке неденежного требования. Если переход названного требования не может быть признан значительно более обременительным для должника,

однако требует от должника дополнительных усилий или затрат, цедент и цессионарий обязаны возместить должнику соответствующие расходы. До исполнения цедентом и (или) цессионарием этой обязанности должник по общему правилу не считается просрочившим (ст. 405, 406 ГК)¹. Поскольку и в одном и в другом случае речь идет о схожих интересах, права соответствующих лиц не могут регламентироваться по-разному, так как это вступило бы в противоречие с конституционным принципом равенства. Следовательно, к изменению места нахождения, влекущего дополнительные расходы, подлежит применению такой же подход.

Но п. 2 ст. 316 ГК требует адаптации и для других случаев, при которых положение соответствующей стороны может усугубляться еще сильнее. Представим, что в приведенном примере местонахождение кредитора оказалось на такой территории, где человеку может угрожать опасность (зона стихийного бедствия, военные действия, эпидемия и т.п.). Ясно, что в этом случае интересы должника подлежат охране правопорядком. И предварительное возмещение расходов здесь уже не поможет. В таком случае он должен иметь право приостановить исполнение и предложить кредитору принять исполнение в прежнем или в ином согласованном месте исполнения, а также впоследствии отказаться от исполнения обязательства при просрочке кредитора и потребовать возмещения убытков.

(г) В трех рассмотренных абзацах комментируемого пункта в отношении соответствующих расходов используются различные термины: их либо **несет** сторона, либо они **возлагаются** на сторону, либо они **возмещаются** стороне. Общим принципом здесь должен выступать следующий подход. Если расходы понесены тем лицом, которое их и должно нести, то другой стороне ничего не возмещается. Если же расходы понесла сторона, тогда как расходы должны лежать на другой стороне, эта последняя обязана к возмещению расходов.

Также не трудно заметить, что Пленум оперирует то термином «**расходы**», то термином «**издержки**». В данном контексте никакого содержательного различия в применении названных понятий не имеется и они вслед за законодателем используются как тождественные.

(д) В абз. 4 (последнем) Пленум излагает перечень источников, которые могут изменять общее правило ст. 309.2 ГК, тождественный законодательной норме. При этом указывается, что эти источники могут изменять правила данной статьи о расходах на исполнение обяза-

¹ См. абз. 2 п. 15 Постановления от 21.12.2017 № 54.

тельства. Это не вполне точно, учитывая, что разъяснение само дополняет данные правила в предыдущих абзацах комментируемого пункта. Поэтому корректнее говорить о том, что ст. 309.2 ГК в ее истолковании Пленумом применяется к расходам на исполнение обязательства, если иное не предусмотрено (1) законом, (2) иными правовыми актами или (3) договором либо не вытекает из (4) существа обязательства, (5) обычаев или (6) других обычно предъявляемых требований.

Как указывалось выше (см. п. «б»), границы свободы договора по перенесению расходов по исполнению кредиторских обязанностей на должника не вполне четко очерчены. Это влечет риски юридической неопределенности, что необходимо учитывать при согласовании соответствующих условий договора.

10. По общему правилу право на односторонний отказ от исполнения обязательства либо на изменение его условий должно быть предусмотрено ГК РФ, другими законами и иными правовыми актами (пункт 1 статьи 310 ГК РФ).

Право на односторонний отказ от исполнения обязательства либо на изменение его условий может быть предусмотрено договором для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в отношениях между собой, а также для лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, по отношению к лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность (абзац первый пункта 2 статьи 310 ГК РФ).

Предоставление договором права на отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий для лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, по отношению к лицу, не осуществляющему предпринимательскую деятельность, допускается только в специально установленных законом или иными правовыми актами случаях (абзац второй пункта 2 статьи 310 ГК РФ).

По смыслу статьи 67.2 ГК РФ условиями корпоративного договора может быть предусмотрено право на односторонний отказ от исполнения обязательств для любого из его участников.

(а) Из легального определения обязательства (п. 1 ст. 307 ГК) усматривается, что обязательство имеет некоторую силу. Поскольку право вообще и категория обязательств в частности являются идеальными сущностями, речь не может идти о какой-то физической силе. Стало быть, нужно говорить о юридической силе обязательства, которая представляет собой правовую связь (*vinculum juris*). Общее правило таково, что связанность обязательством не позволяет одной его сто-

роне по своему произвольному желанию разорвать эту связь. Если бы обязательство не имело юридической силы, то управомоченное лицо не могло быть уверенным в получении той пользы, которая доставляется действием должника по его исполнению, т.е. достижение цели обязательства оказывалось бы в значительной степени иллюзорным. Между тем обязательства возникают, чтобы принести пользу и лишь затем прекратиться.

Отсюда общая нормативная максима: **односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются**. В этом же ряду стоит знаменитое выражение *pacta sunt servanda*. Однако не много найдется правил, которые не знали бы исключений.

Обязательство, возникая в настоящем времени, связывает стороны на будущее. После возникновения их отношений те или иные обстоятельства могут измениться таким образом, что обязательство перестанет отвечать интересам той или иной стороны. Освободиться от обязательства каждая сторона может с согласия другой стороны, но заинтересованная сторона, рассчитывая на благосклонность своего *vis-à-vis*, далеко не всегда испытает ее на себе. Было бы противным свободе личности заставлять ее претерпевать невыгоды, подвергаться риску, испытывать страдания, даже если она связана обязательством. Свобода и достоинство личности — цивилизационные ценности более высокого порядка, нежели имущественные интересы другой стороны обязательства. Право должно обнаружить юридические способы позволить связавшую себя обязательством сторону освободиться от него, справедливо урегулировав последствия такого одностороннего разрыва *vinculum juris*. Характер некоторых отношений, особенно длительных и длительных, а также доверительных, когда доверие к личности стороны обязательства является критичным для достижения цели обязательства, а также дисбаланс риска одной стороны и выгоды другой стороны и целый ряд других аспектов подвигают правопорядок на то, чтобы предусмотреть исключения из правила незыблемости обязательства. Одной или обеим сторонам предоставляется право на односторонний отказ от исполнения обязательства или право на одностороннее изменение его условий.

Право на односторонний отказ от исполнения обязательства или изменение его условий представляет собой секундарное (преобразовательное) право. В отличие от обязательственного требования реализация такого рода права не нуждается в действиях другой стороны. Последняя претерпевает (*pati*) последствия использования такого права, поскольку правоотношение сторон преобразуется по воле одной стороны.

При одностороннем отказе от исполнения обязательства это преобразование принимает свою крайнюю форму – наступает прекращение (ремиссия) обязательства. Тот факт, что права и законные интересы одной стороны оказываются во власти другой стороны, обладающей вторичным правом, не вступает в противоречие с принципом автономии воли. Дело в том, что соответствующая сторона оказывается стороной обязательства в результате собственных действий. Вменное знание закона предполагает наличие понимания того, что, оказавшись стороной соответствующего обязательства, лицо подвергается действию правопорядка, и, если правопорядок предусматривает вторичное право, оно начинает воздействовать на подчиненную этому праву сторону. Последняя могла уклониться от его воздействия, ибо своей волей была способна избежать возникновения обязательства. Кроме того, и в позитивном праве установление вторичных прав должно учитывать интересы стороны, подвергающейся его воздействию, особенно в тех редких случаях, когда обязательство возникает помимо воли обязанного лица (например, при кондикции). Для последних случаев наличие вторичных прав нехарактерно. Потерпевший не имеет вторичного права, которое могло бы ухудшить положение кондикционного должника, равно как и наоборот.

Поскольку обладатель вторичного права не нуждается в содействии другой стороны для его реализации, а воля другой стороны юридически иррелевантна, подходящим правовым средством использования преобразовательного права является односторонняя сделка. Заявления об одностороннем отказе от исполнения обязательства¹ или об одностороннем изменении его условий признаются односторонними сделками.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум, аналитически препарируя само исключение из принципа незабываемости обязательства, обнаруживает в этом исключении **общее правило** – установление этого исключения должно быть нормативным. Иными словами, односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение должны по общему правилу предусматриваться в трех видах источников гражданского права: 1) ГК, 2) закон, 3) иной правовой акт. Этот перечень буквальным образом предусмотрен п. 1 ст. 310 ГК, на который имеется ссылка в разъяснении.

Получается, что общим правилом является недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства или его односторонне-

¹ См. п. 50 Постановления № 25.

го изменения, а исключение из этого правила в свою очередь имеет общее правило его установления нормативным образом. О специальных правилах установления такого исключения трактуется в следующих абзацах данного пункта.

Хотя ни закон, ни Пленум не касаются обычая как возможного источника исключения из общего правила, теоретически нельзя исключать существования или появления обычая, допускающего односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение. Но ослабление роли обычая в качестве социального регулятора вообще переводит этот аспект в разряд не столь актуальных.

(в) Вступая в договорное обязательство, для которого нормативно не предусмотрено исключение из правила незыблемости обязательства, стороны могут предполагать, что в будущем обязательство перестанет отвечать их интересам или интересам одной стороны. Законодатель не в состоянии учесть все многообразие интересов сторон обязательств по прекращению или изменению их правовой связи. Жизнь всегда богаче представлений о ней законодателя. Поэтому здесь в полный рост встает вопрос о свободе участников обязательства своей волей предусмотреть в договоре право его сторон или одной стороны на односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, когда такие права нормативно не установлены.

Должна ли эта свобода сторон быть безусловной или она имеет некоторые границы? Право на односторонний отказ или одностороннее изменение условий обязательства вверяет имущественные интересы по обязательству одной стороны во власть другой стороны. Правопорядок с настороженностью относится к случаям, когда одно лицо получает столь большую власть над другим лицом, хотя бы и с согласия последнего. Напряжение по этому вопросу особенно обостряется, когда стороны оказываются неравными по своим информационным возможностям и имущественной состоятельности, поскольку вероятность злоупотребления соответствующей стороны сильно возрастает.

Наличие рассматриваемого права у одного лица подвергает другое лицо повышенному риску. Принятие повышенного риска характерно для такой категории участников гражданского оборота, как лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. Они нуждаются в большем маневре, а потому для них требуется большая свобода договора. Кроме того, считается, что такие лица, будучи сведущими в деловом обороте, не нуждаются в патернализме государства и готовы принять на себя неблагоприятные последствия более рискованных хозяйственных операций. Поэтому лицо, осуществляющее предпри-

нимательскую деятельность, свободно принять на себя по договору последствия одностороннего отказа от исполнения обязательства или одностороннего его изменения, даже когда это не предусмотрено нормативно.

До реформы ГК его ст. 310 предусматривала, что односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением **его сторонами** предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение условий такого обязательства допускаются также в случаях, предусмотренных **договором**, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. Из такой редакции следовало, что свобода в установлении названного условия доступна, только когда все стороны участвуют в обязательстве, связанном с осуществлением ими предпринимательской деятельности, т.е. в сделках *b2b*. Это необоснованно ограничивало свободу предпринимателей пойти на больший риск в их предпринимательских отношениях с лицами, предпринимательской деятельности не осуществляющими, т.е. в сделках *b2c*. Но еще до реформы в практике арбитражных судов эта норма была истолкована должным образом. Статья 310 ГК допускает согласование в договоре права на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора только в случаях, когда договор заключается в связи с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности. Цель данной нормы состоит в защите слабой стороны договора. Следовательно, подразумеваемый в ней запрет не может распространяться на случаи, когда в договоре, лишь одна из сторон которого выступает в качестве предпринимателя, право на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора предоставлено стороне, не являющейся предпринимателем¹. Впоследствии законодатель в целом последовал этой логике.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум формулирует разъяснение, снабжая его нормативным обоснованием абз. 1 п. 2 ст. 310 ГК. Но на самом деле текст разъяснения является своеобразной конвергенцией двух абзацев названного пункта. Законодатель устанавливает в абз. 1 п. 2 ст. 310 ГК не только нормативно установленное право одностороннего преобразования обязательства, но и договорное право для обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности. Пленум же обоснованно добавляет к этому, что такое право может быть предусмотрено договором также **для лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность,**

¹ См. абз. 4 п. 2 Постановления № 16.

по отношению к лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность. Это отвечает приведенному выше принципу принятия на себя большего риска предпринимателями и не возлагает большего риска на лиц, предпринимательской деятельности не осуществляющих. Если, скажем, гражданину предоставляется право в одностороннем порядке отказаться от исполнения своего обязательства перед предпринимателем, которое не предусмотрено законом, гражданин получает больше прав и не несет дополнительного риска. Предприниматель же, напротив, может принять на себя больший риск, предоставив гражданину лучшие условия сделки, в том числе в расчете выиграть в конкурентной борьбе с другими предпринимателями. В такой асимметрии прав не обнаруживается существенного возрастания вероятности злоупотребления правом.

Не трудно заметить, что редакция разъяснения также несколько изменена по сравнению с законом в части используемой терминологии. Норма оперирует понятием «исполнение обязательства, **связанного** с осуществлением предпринимательской деятельности», а Пленум использует понятие «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность». Конечно, этот нюанс не имеет большого значения, однако в некоторых случаях его следует учитывать. Например, если гражданин, не зарегистрированный в качестве предпринимателя, вступает в обязательство, связанное с осуществлением им предпринимательской деятельности, он не вправе возражать против условия обязательства, предусматривающего соответствующее право другой стороны (п. 4 ст. 23 ГК).

(г) В абз. 3 Пленум формулирует разъяснение, которое логически следует из соотношения абз. 1 и 2 комментируемого пункта. Права на отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение его условий в отношении лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, могут быть эффективны, только если такие права предусмотрены ГК, законом или иным правовым актом. Договорная свобода в этом отношении для таких обязательств ограничена.

Текстуально Пленум переиначивает законодательную норму, которая базируется на идее о том, что если исполнение обязательства связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, то право на одностороннее изменение его условий или отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательскую деятельность. Это положение корректно применяется только в отношении двусторонних обязательств. Если же речь пойдет о многостороннем

обязательстве, в котором, например, участвуют два предпринимателя, а третья сторона к таковым не относится, то законоположение с очевидностью дает сбой. Разъяснение Пленума таким недостатком не страдает.

Поскольку обсуждаемое исключение из правила о неизбежности обязательства, предусмотренное нормативным образом, поименовано как общее правило, Пленум трактует о **специальных случаях**, когда такое право предусмотрено в отношении лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность. Здесь почему-то разъяснение ограничивается только законами и иными правовыми актами, упуская из вида то обстоятельство, что такое право может быть установлено и ГК.

Кроме того, следует учитывать, что ничего особо специального в законе может и не устанавливаться именно в отношении названного лица. Секундарное право может предусматриваться общим образом, в том числе для обеих сторон, без специального выделения особого субъектного состава. Например, согласно п. 1 ст. 699 ГК каждая из сторон вправе во всякое время отказаться от договора безвозмездного пользования, заключенного без указания срока, известив об этом другую сторону за один месяц, если договором не предусмотрен иной срок извещения. Если одна из этих сторон не осуществляет предпринимательскую деятельность, нет никакой необходимости усматривать в норме какое-то специальное правило, чтобы обнаружить у нее секундарное право на отказ от договора.

В этом аспекте суждение абз. 1 разъяснения (общее правило) охватывает и суждение абз. 2 (специальное правило), поэтому введение этой классификации не имеет большого смысла.

Право на односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий либо предусмотрено нормативно, либо нет. В первом случае нет необходимости выявлять связь обязательства с предпринимательской деятельностью. Во втором случае свобода договора по установлению названных преобразовательных прав зависит от выявления данной связи.

(д) Не трудно заметить, что Пленум в своем разъяснении производит еще одну терминологическую подмену. Если закон оперирует понятием «сторона», то в разъяснении используется понятие «лицо». Зачем это было сделано, из самого разъяснения достоверно установить не представляется возможным. Быть может, такое словоупотребление является просто следствием стилистических предпочтений разработчиков. Однако это может иметь и содержательное значение.

Например, для случаев множественности лиц в обязательстве, при которой для одного из них обязательство связано с осуществлением им предпринимательской деятельности, а для другого — нет. Норма закона не справляется с таким случаем, поскольку нельзя сказать, что обязательство связано с осуществлением его стороной предпринимательской деятельности, поскольку это справедливо лишь отчасти. Разъяснение Пленума позволяет получить верный результат без затруднений.

(е) В абз. 4 (последнем) Пленум обращается к частному случаю ст. 67.2 ГК, посвященной **корпоративному договору**. Буквально положения данной статьи никаких правил об одностороннем отказе от исполнения обязательства или одностороннем изменении его условий не предусматривают. Поэтому Пленум выводит исключение из общего правила незыблемости обязательств из смысла данной нормы. Субъектный состав для договорного установления рассматриваемых вторичных прав значения не имеет.

Действительно, в основном корпоративные договоры заключают такие лица, которых можно именовать хозяевами бизнеса. Они достаточно сведущи в делах, чтобы принимать на себя риски претерпевания последствий одностороннего преобразования правоотношения. К тому же корпоративные действия имманентны предпринимательской деятельности, хотя сами такие действия граждан формально-юридически предпринимательской деятельностью не считаются. Миноритарные участники хозяйственных обществ формально также могут быть сторонами корпоративного договора, хотя их в меньшей степени можно отнести к достаточно сведущим в делах. Получается, что охраной их интересов пренебрегают. Однако вряд ли это может повлечь фундаментальные негативные последствия, поскольку миноритарные участники обычно в таких договорах не участвуют. Кроме того, в случае злоупотребления вторичным правом другая сторона всегда защищена общим принципом добросовестности.

Поскольку стороной корпоративного договора может являться не только участник хозяйственного общества, но также кредиторы такого общества и иные третьи лица (п. 9 ст. 67.2 ГК), такие лица также могут, вне зависимости от связи обязательства с предпринимательской деятельностью, подвергаться рискам одностороннего преобразования правоотношения.

(ж) Затронув частный вопрос телеологического истолкования нормы в отношении корпоративного договора, Пленум не коснулся более общего, а потому более важного вопроса обсуждаемой сферы свободы договора в отношении обязательств между гражданами, т.е. сделок *с2с*.

Закон, устанавливая соответствующее правило, говорит об исполнении обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности **не всеми** его сторонами. Это может пониматься двояко. В том смысле, что данное правило не распространяется на обязательство, ни одна из сторон которого не осуществляет предпринимательской деятельности. Равным образом норму можно понять и так, что она, напротив, распространяется и на обязательство между гражданами, ведь и в таком обязательстве не все его участники осуществляют предпринимательскую деятельность, поскольку «ни один» — это тоже «не все». Хотя скорее всего законодатель едва ли использовал бы такую иезуитскую методологию для донесения смысла столь простой идеи. Если это действительно так, то получается, что закон вообще не дает решения для обязательств между гражданами. Следовательно, пробел подлежит заполнению и аналогия закона здесь помочь не может.

Если исходить из того, что политико-правовое основание недопустимости не предусмотренных нормативно прав на односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий обнаруживается в патерналистской защите граждан от принятия на себя договорных условий повышенного риска, то правопорядку стоит исходить из *ex ante* контроля таких условий, т.е. императивно их запретить. Однако в законе такой запрет не установлен. Большинство сделок граждан между собой не представляют взаимодействия так называемых слабой и сильной сторон. Граждане обычно имеют относительно равное положение, т.е. не обнаруживается информационная асимметрия. Также можно предположить, что существенное имущественное неравенство, которое могло бы спровоцировать эксплуатацию одной стороны другой стороной за счет использования обсуждаемых вторичных прав, если и наблюдается, то в меньшинстве случаев. Избыточно мелкие «ячейки патерналистской сети» юридической защиты обывателя — не самая лучшая методология. Она массово ограничивает свободу большинства для целей защиты подавляющего меньшинства. Следовательно, *ex ante* запрет свободы договора здесь не самое лучшее средство. Поскольку для такого фронтального запрета не обнаруживается достаточно убедительных аргументов, что требуется для ограничения принципа свободы договора, правопорядку следует обратиться к более тонкому инструментарию защиты нарушенных прав, т.е. к *ex post* судебному контролю. Для этого есть соответствующие юридические средства — оспаривание кабальных сделок, а также сделок, заключенных с другим пороком воли, контроль суда за несправедливыми условиями договора на основании принципа добросовестности и др.

При таком подходе граждане свободны на основании договора между собой предусмотреть право на односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий.

11. При применении статьи 310 ГК РФ следует учитывать, что общими положениями о договоре могут быть установлены иные правила о возможности предоставления договором права на отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий.

Так, например, в обязательстве из публичного договора, заключенного лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, право на односторонний отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором только той стороне, для которой заключение этого договора не было обязательным (пункт 1 статьи 6, пункт 2 статьи 310, статья 426 ГК РФ).

Кроме того, право на односторонний отказ от договора может быть предусмотрено правилами об отдельных видах договоров. В частности, право на односторонний отказ от договора предоставлено заказчику по договору подряда (статья 717 ГК РФ), сторонам договора возмездного оказания услуг (статья 782 ГК РФ), договора транспортной экспедиции (статья 806 ГК РФ), агентского договора, заключенного без определения срока окончания его действия (статья 1010 ГК РФ), договора доверительного управления имуществом (пункт 1 статьи 1024 ГК РФ).

(а) Пандектная система ГК предопределяет наличие общих и специальных норм об одностороннем отказе от исполнения обязательства или одностороннем изменении его условий. Это влечет применение известного метода выбора применимой нормы по принципу *lex specialis derogat generali*. В абз. 1 комментируемого пункта Пленум обращает внимание судей на это обстоятельство, но только в аспекте иных правил о возможности предоставления договором права на отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, предусмотренных **общими положениями о договоре** (ст. 420–453 ГК). Хотя Пленум ограничивается простым указанием на эти иные правила, не предусматривая, что они имеют преимущество, имеется в виду именно это, поскольку данный вывод следует из п. 1 ст. 307.1 ГК.

К этому необходимо добавить, что иные правила могут быть установлены не только в указанных нормах ГК, но и в любых других положениях как самого ГК, так и иных законов. Причем это касается правил об отдельных договорах не только в части второй ГК, но и в других нормах. Более того, иные правила могут выводиться из смысла

соответствующих норм, пример чему продемонстрировал сам Пленум в абз. 1 Постановления. Но надо пойти еще дальше, отметив, что иные правила могут касаться не только предоставления договором соответствующего секундарного права, но вообще всего правового режима одностороннего отказа от исполнения обязательства или одностороннего изменения его условий.

(б) В абз. 2 Пленум по буквальному его выражению приводит пример к суждению из абз. 1, прибегая для этого к **публичному договору**. Ранее в текущей практике была сформулирована правовая позиция, согласно которой обязанная к заключению публичного договора сторона не имеет права на односторонний отказ от исполнения обязательства¹, а еще ранее этот вопрос оказался предметом конституционного уровня правоприменения². Пленум также исходит из того, что право на односторонний отказ от исполнения обязательства по такому договору может быть предоставлено по соглашению сторон только той стороне, для которой его заключение не является обязательным³.

Пленум приводит этот пример для иллюстрации его указания о том, что общими положениями о договоре могут устанавливаться иные правила предоставления рассматриваемых прав, нежели те, что установлены ст. 310 ГК. При этом никаких правил об одностороннем отказе от исполнения обязательства ст. 426 ГК на самом деле не знает.

Не менее удивительным является обоснование приведенного суждения аналогией закона (п. 1 ст. 6 ГК), причем аналогией с п. 2 ст. 310 ГК, тогда как норма данного пункта не совпадает по содержанию с толкованием, которое выводится из смысла ст. 426 ГК. Согласно закону в обязательстве между предпринимателями соответствующее право может быть предоставлено договором любой стороне, а согласно правовой позиции Пленума в отношении публичного договора — только одной из них. Аналогия здесь весьма сомнительная.

Кроме того, вводя не предусмотренную законом новую норму, Пленум фокусируется на примере обязательства между предпринимателями, хотя точно к тому же выводу следует прийти и в случае публичного договора с участием лица, предпринимательской деятельностью не занимающегося. Это уместно было бы сделать, чтобы показать отличие специального регулирования от общего правила п. 2 ст. 310 ГК,

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 24 ноября 2009 г. № 9548/09; Определение СКГД от 3 февраля 2015 г. № 32-КГ14-17.

² См. п. 3 Определения КС от 6 июня 2002 г. № 115-О.

³ См. также п. 22 Постановления № 49.

но он почему-то применяется по аналогии, что означает не отличие, а схожесть отношений.

Несмотря на все эти странности, содержательно суждение Пленума имеет *ratio legis*. Ведь если допустить свободный договорный односторонний отказ по обязательству из публичного договора, то для стороны, обязанной к его заключению, это означало бы немедленное возникновение обязанности вновь заключить договор. Большого смысла в такой манипуляции не имеется.

(в) Хотя Пленум ориентирует судей на отыскание в общих положениях ГК о договоре иных правил **о возможности предоставления договором** рассматриваемых секундарных прав, в действительности их там не имеется.

Как уже было обосновано в отношении публичного договора, ограниченная возможность предоставления права на односторонний отказ от исполнения обязательства законом не установлена, а выведена Пленумом исходя из его смысла. Получается, что это и есть единственный пример иного правила о возможности предоставления такого права, а в части возможности предоставления права на одностороннее изменение условий обязательства и вовсе нет примера.

Из общих положений ГК о договоре действительно можно вывести некоторые особенности, но не в отношении предоставления названных прав по договору, а в отношении реализации этих прав.

Так, например, блокировка права на односторонний отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение его условий может быть выведена из смысла п. 2 ст. 430 ГК. Согласно данной норме, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица.

В многостороннем договоре для оставшихся в меньшинстве его участников по вопросу расторжения или изменения обязательства наблюдается тот же эффект, что и при одностороннем отказе от исполнения обязательства или одностороннем изменении его условий (абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК). И в том и в другом случае преобразовательный эффект наступает независимо и даже вопреки воле соответствующих лиц.

Согласно п. 4 ст. 450 ГК сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами или договором предоставлено право на одностороннее изменение договора, должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Аналогичное положение закреплено и для одностороннего отказа от исполнения обязательства. Сторона, которой ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором предоставлено право на отказ от договора (исполнения договора), должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором (п. 4 ст. 450.1 ГК).

Согласно п. 5 ст. 450.1 ГК в случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается.

При этом надо заметить, что приведенные правила о добросовестности и разумности при реализации названных вторичных прав на самом деле должны быть общими для всех обязательств, а не только договорных. Сформулировать по методу *a contrario* обратное названным нормам суждение для внедоговорных обязательств означало бы пренебречь здравым смыслом. Из абз. 1 п. 14 Постановления следует, что Пленум исходит именно из этого, т.е. принципу добросовестности обоснованно придается общее значение.

Таким образом, в нормах общих положений ГК о договоре действительно имеются установления, которые имеют значение для рассматриваемых вторичных прав. Эти нормы требуется учитывать при применении ст. 310 ГК, только их содержание посвящено другому вопросу, нежели возможность предоставления данных прав по договору.

(г) В третьем и последнем абзаце комментируемого пункта Пленум обращает внимание судей на то, что правилами об отдельных видах договоров может быть предусмотрено право на односторонний отказ от договора, и приводит примерный перечень из пяти таких случаев. Надо сказать, что это суждение настолько очевидно, что никакой практической задачи оно решить не может. Было бы очень прискорбным считать, что уровень квалификации современных юристов таков, что требует таких «подсказок».

Пленум оперирует термином **«отказ от договора»**. Законодатель в новой пореформенной ст. 450.1 ГК также отождествляет понятия «отказ от договора» и «отказ от исполнения договора» с отказом от исполнения обязательства, ссылаясь на ст. 310 ГК. И тот и другой подход требует уточнения. Дело в том, что отказ от исполнения обязательства совсем не обязательно должен быть тождествен отказу от договора,

и отказ от исполнения договора вовсе не всегда означает отказ от всего договора. В этом аспекте п. 2 ст. 450.1 ГК, предусматривая, что в случае одностороннего отказа от договора (исполнения договора) полностью или частично, если такой отказ допускается, договор считается расторгнутым или измененным, оказывается более точным. Дело в том, что договор может являться основанием (и чаще всего так и бывает) возникновения не одного, а нескольких обязательств, в том числе юридически разнородных. Поэтому отказ от исполнения одной обязанности вовсе не обязательно влечет прекращение и других обязанностей.

Также следует отметить, что, несмотря на то, что Пленум оперирует только понятием «отказ от договора», правилами об отдельных видах договоров как в самом ГК, так и в других нормативных актах может предусматриваться право на одностороннее изменение договорных обязательств, а не только на односторонний отказ от договора.

(д) На практике может возникать вопрос о допустимости абсолютного потестативного условия об отказе от исполнения обязательства (**абсолютно потестативный отказ**), который чаще именуют немотивированным отказом. Такое условие предусматривает право отказаться от исполнения обязательства по произвольному желанию его обладателя. Иными словами, исключительным основанием для разрыва правовой связи выступает только лишь воля управомоченного лица.

Нормативным обоснованием против допустимости такого рода условия выдвигают такое истолкование ст. 310 ГК, при котором под выражением «случаи, предусмотренные договором» понимают определенные обстоятельства, наступление которых дает управомоченной стороне право отказаться от исполнения обязательства. Иначе говоря, произвольный отказ от обязательства на основании простого желания признается недопустимым для разрыва обязательства. Теоретическое обоснование неприемлемости рассматриваемого условия усматривают в юридической силе обязательства, которая в значительной степени ослабляется, если не сказать и вовсе теряется. Действительно, если сторона обязательства по одному только своему желанию может разорвать эту юридическую связь, то говорить о наличии у обязательства силы не приходится.

Однако договорная практика показывает, что стороны готовы идти на такой риск, и в некоторых случаях он вполне оправдан. Например, если по договору аренды предусматривается, что арендодатель имеет право в любое время отказаться от договора, заблаговременно предупредив арендатора, то в таком условии нет ничего аномального. Хотя положение арендатора оказывается неопределенным, последний

вполне может пойти на такой риск, поскольку обычно в конкурентной экономике он отразится на арендной плате, которая в таком случае окажется ниже. В арбитражной практике законность таких условий договора находила поддержку¹ и продолжает находить². Пленум, к сожалению, не затронул этого весьма практичного вопроса.

12. Если односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий совершены тогда, когда это не предусмотрено законом, иным правовым актом или соглашением сторон или не соблюдены требования к их совершению, то по общему правилу такой односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий не влекут юридических последствий, на которые они были направлены.

(а) Заявления об одностороннем отказе от исполнения обязательства и одностороннем изменении его условий являются односторонними сделками. Поэтому они должны отвечать требованиям к их совершению, установленным позитивным правом. Данные сделки представляют собой реализацию соответствующего вторичного права, которое предусматривается законом или иным правовым актом, а также договором, если это не запрещено нормативно.

Если такие сделки совершаются при отсутствии вторичного права, они являются ничтожными и не могут повлечь юридических последствий, на которые они были направлены. Пленум передает эту идею, указывая на случаи, при которых односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий совершены тогда, когда это **не предусмотрено** законом, иным правовым актом или соглашением сторон, не называя при этом сделки ничтожными, но указывая на последствия ничтожности — они не влекут юридических последствий, на которые они были направлены. Однако и в том случае, когда названные односторонние сделки предусмотрены одним из названных оснований, они также могут не достичь правовых последствий, если не соблюдены **требования к их совершению**. Соответственно, каждое из этих двух обстоятельств может являться самостоятельным основанием ничтожности сделки. Эта правовая позиция

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 9 сентября 2008 г. № 5782/08.

² См. п. 14, 15 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. Президиумом ВС 28 июня 2017 г.; Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2020 г. № 310-ЭС20-12742.

является адаптацией ранее сформулированной более общей правовой позиции: если односторонняя сделка совершена, когда законом, иным правовым актом или соглашением сторон ее совершение не предусмотрено или не соблюдены требования к ее совершению, то по общему правилу такая сделка не влечет юридических последствий, на которые она была направлена¹.

(б) Выражение Пленума о требованиях к совершению соответствующих сделок требует некоторого нюансирования. Дело в том, что если соглашением сторон будет предусмотрено соответствующее право в противоречии с законом или иным правовым актом, то заявление, во всем остальном отвечающее требованиям совершения сделок, не должно повлечь последствий, на которые оно направлено. Например, если в отношениях с гражданином предприниматель выговорит себе право на односторонний отказ от исполнения обязательства, который не предусмотрен нормативно, заявление такого отказа является ничтожной сделкой.

Следует обратить внимание, что правовая позиция об отсутствии юридических последствий при наличии названных Пленумом обстоятельств является **общим правилом**, на что буквально указано в комментируемом пункте. Обнаружить исключения из него не составит большого труда. Заявление может отвечать признакам оспоримой сделки, что не соответствует требованиям совершения сделок. Однако это означает, что юридические последствия, на которые направлена такая сделка, все же наступят при условии, что сделка не будет опровержена в суде. Но при этом надо понимать, что при отсутствии самого вторичного права на односторонний отказ от обязательства или его одностороннее изменение, несмотря на то, что оговорка об общем правиле относится и к этому случаю, исключения отыскать не получится. Произвольный односторонний отказ или одностороннее изменение обязательства противоречит п. 1 ст. 310 ГК и является ничтожным. Единственное, пожалуй, что здесь можно обсуждать, это согласие другой стороны с заявленным отказом. Но в таком случае основанием ремиссионного или преобразовательного эффекта следует признать договор, придав отказу характер оферты, а согласию, соответственно, акцепта.

В законе можно обнаружить случаи, когда право на отказ от исполнения обязательства сопровождается некоторым условием. Так, согласно приведенной Пленумом в предыдущем пункте ст. 806 ГК любая из сторон вправе отказаться от исполнения договора транс-

¹ См. п. 51 Постановления № 25.

портной экспедиции, **предупредив об этом другую сторону в разумный срок** (ч. 1). Если распространить суждение Пленума о необходимости соблюдения требований к совершению сделки по отказу от исполнения обязательства на эту ситуацию, то заявление об отказе, сделанное без предупреждения об этом в разумный срок, не повлечет последствий, на которые оно направлено. Однако не очевидно, что это является адекватной реакцией на нарушение обязанности о предупреждении. Оставить действующим обязательство против воли ее стороны представляется не лучшим решением, поскольку права другой стороны могут защищаться возмещением убытков, возникших вследствие такого нарушения. В договорной практике встречаются случаи, когда за нарушение сроков извещения об отказе от договора устанавливается штраф¹.

(в) Первоначальный проект содержал в конце комментируемого пункта ссылку на п. 2 ст. 154 ГК, которая в действующем Постановлении отсутствует. Согласно данной норме односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Как расценивать эту редукцию текста?

Едва ли это означает, что Пленум изменил (см. п. «а» комментария к п. 10 Постановления) свое мнение об одностороннем характере данных сделок или вовсе отказывается считать такие действия сделками. Есть основания полагать, что исключение названной ссылки продиктовано тем простым обстоятельством, что она не вполне подходит для нормативного обоснования данного разъяснения. Последнее трактует об отсутствии правовых последствий рассматриваемых сделок, которые не зависят от собственно одностороннего характера сделки, а потому ссылка на легальную дефиницию односторонней сделки здесь была не к месту.

(г) Пленум не касается вопроса о последствиях ничтожности рассматриваемых сделок, наверное, ввиду его ясности. Тем не менее стоит хотя бы кратко упомянуть, что в таких случаях ремиссионный или преобразовательный эффект для обязательства сторон не наступает. Это означает, что стороны продолжают подчиняться всем условиям обязательства. Ошибочная правовая квалификация состояния отношений сторон может, таким образом, повлечь соответствующие негативные последствия, в частности, просрочку в исполнении обязательства и возникновение гражданско-правовой ответственности.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2020 г. № 310-ЭС20-12742.

Речь идет о ситуации, когда лицо, совершившее обсуждаемую сделку, считает себя свободным от обязательства, а в последующем при возникновении спора суд приходит к суждению о ее ничтожности. Односторонний отказ от обязательства выигрывает тем, что дает оперативную возможность преследовать свой интерес, но проигрывает в определенности договорному и судебному расторжению соглашения.

13. В случае правомерного одностороннего отказа от исполнения договорного обязательства полностью или частично договор считается соответственно расторгнутым или измененным (пункт 2 статьи 450.1 ГК РФ).

В силу пункта 1 статьи 450.1 ГК РФ право на одностороннее изменение условий договорного обязательства или на односторонний отказ от его исполнения может быть осуществлено управомоченной стороной путем соответствующего уведомления другой стороны. Договор изменяется или прекращается с момента, когда данное уведомление доставлено или считается доставленным по правилам статьи 165.1 ГК РФ, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или условиями сделки либо не следует из обычая или из практики, установившейся во взаимоотношениях сторон.

(а) В первом абзаце комментируемого пункта Пленум обращается к вопросу об одностороннем отказе от **договорного** обязательства. Статья 310 ГК не устанавливает особенностей для данной разновидности обязательств, поскольку в системе законодательства относится к общим положениям об обязательствах, которым посвящено и все Постановление Пленума. Однако здесь содержание разъяснений выходит за рамки общих положений об обязательствах, и Пленум рассматривает общие положения о договорах.

Текстуально абз. 1 представляет собой переработку п. 2 ст. 450.1 ГК. Согласно данной норме в случае одностороннего отказа от договора (исполнения договора) полностью или частично, если такой отказ допускается, договор считается расторгнутым или измененным. Изменения редакции законодательной нормы сводятся к тому, что Пленум заменяет слова об отказе от договора (исполнения договора) словами об **отказе от исполнения договорного обязательства**, а вместо словесного оборота о допустимом отказе оперирует понятием **правомерного одностороннего отказа**. Как видно, едва ли в этой корректировке можно усмотреть какое-то намерение в содержательном уточнении нормы закона и она скорее всего объясняется стилистическими предпочтениями разработчиков текста. Также затруднительно усмот-

реть в этом абзаце какое-то разъяснение, ибо он ничего не добавляет и не убавляет.

Между тем сопоставление названных статей дает почву для постановки некоторых вопросов и определенных выводов.

(б) Сравнение положений ст. 310 и п. 2 ст. 450.1 ГК показывает, что последнее оперирует понятиями полного или частичного отказа от исполнения договора, тогда как более общая норма к ним не прибегает. Означает ли это, что законодатель в принципе не допускает частичного отказа от исполнения внедоговорного обязательства? Ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Действительно, на практике чаще всего можно наблюдать частичный отказ именно от договорного обязательства, а для внедоговорных обязательств он нехарактерен. Тем не менее можно помыслить себе случаи, когда частичный отказ от исполнения внедоговорного обязательства может быть востребован в гражданском обороте и послужит справедливому балансированию интересов сторон. Например, если по двустороннему реституционному обязательству продавец возвращает только часть полученной им цены, то покупатель вправе отказаться от исполнения своего делимого обязательства по возврату товара в части, возвратив только ту часть товара, цена которого соответствует полученной им сумме (абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК).

(в) Повторяя вслед за законодателем последствия полного или частичного отказа от исполнения договорного обязательства, Пленум почти не детализирует их, видимо, потому, что это очевидно, и находит достаточным добавление всего одного выделенного ниже слова. Последствием является то, что договор считается **соответственно** расторгнутым или измененным. Стало быть, расторжение договора является следствием полного отказа от исполнения договорного обязательства, а изменение договора — следствием частичного отказа. Полный отказ от исполнения договорного обязательства влечет названное последствие в том случае, когда имелось только одно обязательство, либо отказ охватывает все обязательства, когда из договора возникло не одно, а несколько обязательств. Частичный отказ от исполнения обязательства должен пониматься двояко. Во-первых, он имеет место, когда по одному делимому обязательству управомоченное лицо отказывается от его исполнения не полностью, а в части. Во-вторых, к частичному отказу относится и такой, когда управомоченное лицо отказывается от исполнения одного или нескольких обязательств, возникших из договора, но не от всех (совокупное обязательство должника).

Что касается состояния прав и обязанностей сторон после расторжения договора, то здесь в дополнение к рассматриваемой правовой пози-

ции нужно учитывать разъяснения, сформулированные для арбитражных судов¹, поскольку они не признаны подлежащими применению.

(г) Односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, в том числе в отношении договорных обязательств, представляют собой волеизъявления, направленные на достижение определенных правовых последствий, которые, соответственно, выражаются в прекращении или изменении прав и обязанностей сторон обязательства. Поскольку для наступления названных последствий достаточно воли одной стороны, она должна быть выражена вовне тем или иным образом.

Односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий относятся к сделкам, т.е., согласно легальному определению сделки (ст. 153 ГК), представляют собой действие лица. Пленум в первом предложении абз. 2 комментируемого пункта вслед за законодателем (п. 1 ст. 450.1 ГК) трактует о соответствующем **уведомлении** управомоченной стороной другой стороны, посредством которого может осуществляться секундарное право. Означает ли это, что никаким другим образом названное право осуществить нельзя? Положительный ответ на этот вопрос вызывает сомнения. Это было бы избыточно узким подходом, который не вместил бы в себя другие действия, нежели названное уведомление. Поэтому, как представляется, следует исходить из выявления телеологического значения правового режима отношений, связанных с односторонним отказом от исполнения обязательства или односторонним изменением его условий.

Каждая сторона имеет законный интерес знать о правовом состоянии дел в ее взаимоотношениях с другой стороной. Следовательно, сторона, в отношении которой осуществляется секундарное право, должна понимать, что другая сторона реализовала свое право. Если такое понимание, исходя из всех обстоятельств, у данной стороны имеется, следует констатировать, что ремиссионный или преобразовательный эффект реализации секундарного права наступил. Таким образом, следует считать, что уведомление является надлежащим, если из действий управомоченного лица вытекает его воля отказаться от исполнения обязательства или определенным образом изменить его условия, чего другая сторона не могла не понимать.

На практике встречаются случаи, когда управомоченная сторона, минуя вербальную или литеральную логическую стадию по одностороннему отказу от исполнения обязательства, сразу же выдвигает тре-

¹ Постановление № 35.

бование, основанное на последствиях такого отказа. Другая сторона, несмотря на формальное отсутствие конкретизированного именно на отказе волеизъявления, не может не понимать намерения другой стороны, если ее требование как раз и является последствием соответствующего отказа от исполнения обязательства. Обратный подход означал бы придание рассматриваемому процессу взаимоотношений избыточного формализма, который на самом деле ничьих прав защитить не поможет. Так, например, претензия заказчика, потребовавшего вернуть уплаченный им подрядчику аванс в связи с допущенными подрядчиком нарушениями, рассматривается равнозначной выражению воли на отказ от договора. Соответственно, с момента получения такой претензии договор должен считаться расторгнутым¹. Этот подход представляется обоснованным и разумным.

Тот факт, что Пленум не коснулся рассмотренного модуса реализации секундарного права, не означает его недопустимости, поскольку ничто в комментируемом пункте не указывает на исключительность уведомительного метода осуществления права. Пленум скорее всего выбрал этот вид осуществления права как наиболее распространенный на практике и названный в законе.

Разумеется, нет никаких препятствий и для двустороннего письменного оформления отказа от исполнения обязательства или изменения его условий, например в виде акта или иного документа. В таком случае данный документ охватывает сразу два юридически значимых обстоятельства: 1) изъявление воли управомоченного лица и 2) восприятие изъявленной воли другой стороной. Такая практика является оправданной, поскольку снижает соответствующие риски коммуникации.

(д) Если односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий реализуются путем уведомления, требуется определить момент, когда наступают соответствующие ремиссионные или преобразовательные последствия. В отношении отказа от договорного обязательства закон определяет, что договор прекращается **с момента получения** данного уведомления, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором (п. 1 ст. 450.1 ГК).

Пленум в качестве общего правила по-другому определяет этот момент, указывая, что договор изменяется или прекращается с момента, когда данное уведомление **доставлено или считается доставленным** по правилам ст. 165.1 ГК. Можно считать, что таким образом за счет

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 24 августа 2017 г. № 302-ЭС17-945.

системного истолкования двух нормативных положений Пленум раскрывает понятие «момент получения», уточняя его юридическое содержание. Согласно релевантным положениям указанной статьи в ее приложении к рассматриваемому процессу получается следующее общее правило. Уведомление об одностороннем отказе от исполнения договорного обязательства или об одностороннем изменении его условий соответственно прекращает или изменяет договор с момента доставки данного уведомления другой стороне или ее представителю либо с момента, когда уведомление считается доставленным, т.е. когда оно поступило этой стороне, но по обстоятельствам, зависящим от нее, не было ей вручено или она не ознакомилась с ним¹. Но на самом деле и эта картина правового ландшафта требует уточнения.

На практике фикция доставки сообщения, т.е. когда оно считается доставленным, хотя по зависящим от адресата обстоятельствам оно не было вручено, потребовала уточнения. Это связано с тем, что процесс доставки почтовой корреспонденции позволяет выделить как минимум два разных момента: 1) когда сообщение доставлено для целей вручения адресату и 2) когда оно возвращено отправителю с отметкой об истечении срока хранения. В судебной практике предлагается считать, что при направлении заявления об отказе от договора по надлежащему адресу контрагента (адресу официальной регистрации) и возврате такого заявления в связи с истечением срока хранения правовые последствия такого заявления в виде прекращения договора наступают в день **возврата письма** с отметкой об истечении срока хранения².

(е) Как упоминалось выше, правило Пленума о доставке и фикции доставки, равно как и правило закона о получении, сформулированы в качестве **общих правил**, из которых могут иметься исключения. Сравнение исключений, установленных в п. 1 ст. 405.1 ГК и установленных Пленумом, обнаруживает их несовпадение.

Пленум формулирует перечень из шести исключений: 1) ГК; 2) другие законы; 3) иные правовые акты; 4) условия сделки; 5) обычай; 6) практика, установившаяся во взаимоотношениях сторон. Закону также известны все эти исключения, но только если объединить перечни из п. 1 ст. 450.1 и п. 2 ст. 165.1 ГК. Соединяя их в единый список, Пленум лишь заменил термин «договор» из первой нормы на термин «условия сделки» из второй нормы³.

¹ См. также п. 63–67 Постановления № 25.

² См.: Определение СКЭС ВС от 20 марта 2018 г. № 305-ЭС17-22712.

³ См. также п. 64 Постановления № 25.

(ж) Из п. 1 ст. 450 и п. 2 ст. 165.1 ГК, равно как из контекста самого разъяснения Пленума, можно сделать вывод, что под условиями сделки понимается договор, из которого возникло обязательство, подвергающееся соответственно изменению или прекращению.

Разъяснение не охватывает такой ситуации, когда в условиях односторонней сделки по отказу от исполнения обязательства содержится указание на иной момент прекращения договора. Практика же показывает, что такое имеет место быть. Вопрос о постановке в односторонней сделке срока или условия является общим вопросом теории сделок. За общее правило следует признать допустимость определения в односторонней сделке срока или условия, если это не создает неопределенности или обременения для другой стороны, на которые она не соглашалась. Применительно к одностороннему отказу от исполнения обязательства характерным является указание в уведомлении на то, что договор считается расторгнутым, если до определенного в нем срока должник не произведет просроченного исполнения. В этом случае адресат уведомления об отказе от исполнения не оказывается в неопределенном положении, поскольку правовой результат такого отказа зависит от его собственных действий или бездействия. Поэтому такого рода условия в уведомлении следует считать допустимыми.

(з) Несмотря на то, что разъяснение сформулировано для договорного обязательства, на которое воздействует осуществление соответствующего секундарного права, видимо, нет основания для применения иных правил для внедоговорного обязательства.

(и) Разъяснение Пленума не коснулось одного частного вопроса, связанного с односторонним отказом от исполнения обязательства. Речь идет о конкуренции оснований для такого отказа. Односторонний отказ может быть заявлен стороной обязательства, которая полагает, что она имеет такое право ввиду допущенного нарушения другой стороной обязательства. При этом заявитель может одновременно обладать секундарным правом на немотивированный односторонний отказ от исполнения обязательства. В соответствующих случаях при рассмотрении спора суд может прийти к выводу об отсутствии оснований для одностороннего отказа по мотиву нарушения другой стороной обязательства. В связи с этим иногда возникает вопрос, нельзя ли считать, что в таком случае состоялся немотивированный отказ от исполнения обязательства?

Как известно, субъекты гражданского права осуществляют свои права своей волей и в своем интересе. Односторонний отказ от исполнения обязательства является волеизъявлением, представляющим

собой ремиссионную сделку. Мотив совершения сделки, как правило, не имеет юридического значения, если он не включен в каузу сделки. Односторонний отказ, заявленный в связи с нарушением обязательства другой стороной, представляет собой сделку, направленную на прекращение обязательства именно в связи с его нарушением. Поэтому правопорядок не может навязать управомоченному лицу иной мотив его действия, посчитав, что оно осуществило право на немотивированный отказ. Такое намерение должно следовать из действий обладателя вторичного права и не может презюмироваться. Для наступления правового эффекта немотивированного отказа от исполнения требуется констатация наличия намерения (*animus*) отказаться от исполнения обязательства без мотива. В судебной практике имеются примеры именно такого подхода, который исходит, в частности, из того, что если государственный заказчик отказался от договора в связи с существенным нарушением подрядчиком государственного контракта, суд не вправе без согласия заказчика **переквалифицировать** данный отказ в немотивированный отказ от договора, предусмотренный ст. 717 ГК¹.

14. При осуществлении стороной права на одностороннее изменение условий обязательства или односторонний отказ от его исполнения она должна действовать разумно и добросовестно, учитывая права и законные интересы другой стороны (пункт 3 статьи 307, пункт 4 статьи 450.1 ГК РФ). Нарушение этой обязанности может повлечь отказ в судебной защите названного права полностью или частично, в том числе признание ничтожным одностороннего изменения условий обязательства или одностороннего отказа от его исполнения (пункт 2 статьи 10, пункт 2 статьи 168 ГК РФ).

Например, по этому основанию суд отказывает во взыскании части процентов по кредитному договору в случае одностороннего, ничем не обусловленного непропорционального увеличения банком процентной ставки.

(а) Как уже отмечалось, вторичные права на односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий, в особенности когда такие права являются абсолютно потестативными, вверяют силу обязательства во власть обладателя такого права. Сама правовая связь может легко разрываться по воле одной стороны, в том

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 9 августа 2018 г. № 304-ЭС18-2754; п. 27 Обзора судебной практики ВС № 4 (2018), утв. Президиумом ВС 26 декабря 2018 г.

числе для соответствующих случаев, совершенно произвольно. Хотя другая сторона обязательства своими собственными действиями подчинила себя названному виду прав, правопорядок не может оставить ее интересы в совершенном пренебрежении. Он приходит ей на помощь в том случае, когда правообладатель злоупотребляет своим правом. **Принцип добросовестности** в гражданском праве оказывается особенно востребованным, когда интересы одной стороны оказываются в полной власти другой стороны, поскольку всякая власть провоцирует злоупотребление ею и многие не могут избежать искушения поддаться этой провокации.

За каждым субъективным правом, как логической абстракцией, стоит имущественный или иной законный интерес его обладателя. Когда этот интерес отсутствует, разумный и добросовестный участник гражданского оборота просто не станет использовать это право, ибо это ему ничего не дает, а бесцельное обременение обязанного лица — дело бесчестное. Схожим образом выглядит картина, когда относительно незначительный имущественный интерес одной стороны приходит в явное несоответствие с тяжестью бремени и невыгод другой, а соотношение интересов сторон оказывается настолько очевидно диспропорциональным, что реализация права выглядит совершенно неприемлемой. Если закон не видит этого в конкретном случае, в дело вступает принцип добросовестности.

Конечно, изложенным принцип добросовестности не ограничивается, поскольку он вообще является неисчерпаемым.

Корреляция рассматриваемых секундарных прав принципом добросовестности складывалась в арбитражной практике в отношении отдельных видов обязательств. Так, например, применительно к арендным отношениям было установлено следующее. Если в отсутствие государственного регулирования арендной платы договор аренды предусматривает право арендодателя в одностороннем порядке изменять ее размер, то в случаях, когда будет доказано, что в результате такого одностороннего изменения она увеличилась непропорционально изменению средних рыночных ставок, уплачиваемых за аренду аналогичного имущества в данной местности за соответствующий период, и существенно их превысила, что свидетельствует о злоупотреблении арендодателем своим правом, суд на основании п. 2 ст. 10 ГК отказывает во взыскании арендной платы в части, превышающей названные средние рыночные ставки¹. При реализации предусмотрен-

¹ См. п. 22 Постановления № 73.

ного кредитным договором права в одностороннем порядке изменять условия кредитования банк должен действовать исходя из принципов разумности и добросовестности¹.

(б) Пленум выводит на более высокий абстрактный уровень идею о недопустимости злоупотребления правом на односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, независимо от вида обязательства.

Требование о добросовестности и разумности необходимо соблюдать **при осуществлении** названных прав. Поскольку рассматриваемые секундарные права осуществляются посредством волеизъявления, это означает, что при совершении такого действия, в чем бы оно ни выразилось, необходимо быть добросовестным и разумным.

Не трудно заметить, что Пленум, вслед за законодателем (п. 4 ст. 450.1 ГК), выдвигает требование соблюдать не только принцип добросовестности, но и **принцип разумности**. Данные два принципа следует разграничивать в гражданском праве, поскольку они не являются совпадающими понятиями (взять хотя бы случай, когда лицо действует разумно, но недобросовестно). В отличие от принципа добросовестности, которым проникнуты все действия в гражданском праве, общее требование вести себя разумно гражданскому праву неизвестно и не должно быть известно. Свобода личности не может быть ограничена, в том числе и для участников гражданского оборота, которые вправе действовать как им угодно, в том числе неразумно, если это не нарушает прав и законных интересов других лиц. Принцип разумности проявляется в гражданском праве достаточно широко, но все же локальным образом: там, где неразумное поведение оказывается вредоносным для других лиц или входит в предмет принятой на себя обязанности. Следовательно, если при одностороннем отказе от исполнения обязательства или при одностороннем изменении его условий управомоченное лицо действует неразумно, т.е. в ущерб своим собственным интересам, то это не является основанием для другой стороны опорочить такие сделки. У такой стороны в этом нет никакого интереса, поскольку ее права и законные интересы этим не затрагиваются. Получается, что такое правовое явление, как юридически значимая разумность как характеристика действия лица, может быть внутренней и внешней. Неразумность действий в отношении собственного имущества не является основанием для ограничения свободы такого полностью дееспособного лица.

¹ См. п. 3 Информационного письма № 147.

Пленум обоснованно расширяет действие принципов добросовестности и разумности на осуществление названных прав в отношении любого обязательства, а не только договорного обязательства. Общие нормы в обязательственном праве (п. 3 ст. 307, ст. 310 ГК) не требуют от участников обязательства разумности, а специальная норма, посвященная реализации названных прав в отношении договорного обязательства (п. 4 ст. 450.1 ГК), такое требование выдвигает. Здесь юридический метод *lex specialis derogat generali* оказывается инверсированным.

Ссылаясь в обоснование своего суждения в том числе на п. 3 ст. 307 ГК, Пленум адаптирует его к феномену одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннему изменению его условий. Установленные там обязанности по взаимному оказанию необходимого содействия для достижения цели обязательства, а также по предоставлению друг другу необходимой информации в разъяснении не упоминаются. В отношении содействия в достижении цели обязательства эту редукцию можно понять в том смысле, что преобразование обязательства, а тем более его ремиссия едва ли отвечают той первоначальной цели, на которую было направлено обязательство. Именно потому, что цель обязательства перестала отвечать правомерным интересам обладателя вторичного права, оно и осуществляется им. Что же касается предоставления необходимой информации, то отказ от этого элемента законодательной нормы, видимо, можно объяснить тем обстоятельством, что доведение волеизъявления одной стороны до своего *vis-à-vis* исчерпывает необходимое информационное взаимодействие. Действительно, информационные ожидания стороны, подчиненной вторичному праву, должны считаться удовлетворенными в достаточной степени, если из уведомления обладателя этого права ясны его намерения на отказ от исполнения обязательства или на определенное изменение его условий. Возможно, подобные соображения подвигли разработчиков текста к тому, чтобы взять из п. 3 ст. 307 ГК только указание на необходимость действовать добросовестно, а также учитывать права и законные интересы другой стороны.

В части адаптации Пленумом темпоральных элементов п. 2 ст. 307 ГК можно усмотреть, что обязанность действовать добросовестно при исполнении обязательства преобразована в обязанность действовать таким образом **при осуществлении** соответствующего вторичного права. Если исходить из того, что при установлении обязательства, в том числе при согласовании условия об одностороннем отказе от его исполнения или одностороннем его изменении, соответствующая сторона также должна действовать добросовестно, то такая адаптация

вызывает возражения. Нет никаких оснований исключать действие принципа добросовестности на таком этапе взаимоотношений сторон, когда согласовываются условия о названных правах. Утверждение о том, что при согласовании данных прав стороны вправе действовать недобросовестно, с очевидностью ложное. Права действовать недобросовестно вообще не может существовать на просторах юридического ландшафта. Такие же сомнения может вызывать отсутствие упоминания о постобязательственных отношениях. В том случае, когда отказ от исполнения обязательства влечет его прекращение, формально-юридически стороны не имеют той самой *vinculum juris*, а потому ничем друг другу более не обязаны. Однако практика показывает, что и после прекращения обязательства бывшие его стороны могут вступать в отношения, связанные с их прошлым. Например, сторона может нуждаться в некоторой информации, имеющейся у другой стороны¹. В этом случае закон также требует соблюдения принципа добросовестности. Тот факт, что обязательство прекратилось вследствие одностороннего отказа от его исполнения, не имеет решающего значения для соблюдения принципа добросовестности.

Отсутствие в разъяснении упоминания некоторых темпоральных элементов действия принципа добросовестности вовсе не означает, что Пленум имел в виду отказаться от их применения в рассматриваемой сфере отношений. Как представляется, возможно, перед разработчиками не стояла задача такой нюансировки разъяснения, а считалось достаточным указать в целом на действие принципа добросовестности в данной сфере, поскольку его востребованность именно в этих отношениях является повышенной в силу одностороннего характера осуществления вторичных прав.

Сравнение разъяснения Пленума с текстом п. 4 ст. 450.1 ГК показывает, что один фрагмент законодательной нормы оказался опущенным. Речь идет о требовании действовать не только добросовестно и разумно, но и **в пределах, предусмотренных ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором**. Это, видимо, объясняется структурой разъяснений Пленума, посвященных рассматриваемым правам. Дело в том, что если односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий заявлены за пределами названных правовых оснований, то они не будут соответствовать требованиям закона или иных правовых актов, а этому посвящен п. 12 Постановления. Таким образом, к незаконным сделкам нет необходимости

¹ См., например, Постановление Президиума ВАС от 15 декабря 2009 г. № 13611/09.

применять принципы добросовестности и разумности, поскольку соответствующий интерес защищен институтом недействительности сделок. Другое дело, что нарушение принципа добросовестности само по себе может являться основанием недействительности сделки.

(в) Сформулировав в первом предложении соответствующие обязанности, во втором предложении Пленум переходит к определению последствий их нарушения.

Начало разъяснения сформулировано таким образом («Нарушение **этой** обязанности...»), что создает впечатление, будто бы у обладателя секундарного права имеется только одна обязанность, которая включает в себя и соблюдение принципа разумности, и соблюдение принципа добросовестности, а также обязанность учитывать права и законные интересы другой стороны. Однако, как обосновано выше, принципы разумности и добросовестности являются разными по содержанию принципами. Лицо может действовать разумно, но недобросовестно, и едва ли в этом случае следует отказаться от применения правовой позиции Пленума, поскольку это означало бы защиту извлечения выгоды из недобросовестного поведения, что противоречит п. 3 ст. 1 ГК.

Если обладатель секундарного права нарушает данные обязанности, это, по мнению Пленума, **может** повлечь отказ в судебной защите названного права.

Эта модальность требует правильного восприятия. Тот факт, что суд может отказать в судебной защите, не следует воспринимать как произвольное усмотрение суда. Если недобросовестность и неразумность, а также пренебрежение правами и законными интересами другого лица доказаны, суд отказывает в защите права.

Выражение Пленума **об отказе в защите названного права** подлежит уточнению. В контексте рассматриваемого разъяснения названным правом может являться одно из обсуждаемых прав на односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий. Получается, если обладатель этого права нарушает сформулированные в первом предложении разъяснения обязанности, то ему может быть отказано в защите соответствующего права. Однако дело заключается в том, что судебной защите подлежат **нарушенные** права (п. 1 ст. 1 ГК), но, строго говоря, секундарное право невозможно нарушить. Нарушить можно такие права, содержание которых обязывает к совершению определенного действия или воздержанию от него, равно как к соблюдению запретов. По самой природе секундарных прав обладатель такого права в действиях обязанного лица или в соб-

людении им запретов не нуждается, поскольку последнее просто претерпевает его осуществление.

Поэтому следствием нарушения сформулированных Пленумом обязанностей обладателя секундарного права является отказ суда в признании ремиссионного или преобразовательного правового эффекта. В этом и заключается отказ в судебной защите права. Суд констатирует отсутствие прекращения или изменения обязательства и разрешает спор исходя из этой правовой реальности. Следствием такой методологии могут являться различные решения, в том числе по отказу в иске, равно как и, наоборот, по его удовлетворению, но во всяком случае они не связаны с отказом в защите нарушенного секундарного права в техническом значении этого термина. Например, если банк в нарушение принципов добросовестности и разумности повысил в одностороннем порядке процентную ставку по кредитному договору, то по иску банка к заемщику о взыскании названных процентов суд частично отказывает ему в иске. При этом данный отказ означает не отказ в защите секундарного права, а отказ в защите обязательственного права потребовать уплаты процентов. Это другое право. Равным образом, если должник отказался от исполнения своего обязательства в нарушение принципов добросовестности и разумности, то суд удовлетворяет иск кредитора о присуждении по обязательству, поскольку такой отказ не произвел ремиссионного эффекта, обязательство не прекратилось и ответчик должен его исполнять.

Пленум относит к отказу в судебной защите права также признание ничтожными сделок по одностороннему отказу от исполнения обязательства или по одностороннему изменению его условий. При этом в качестве нормативного основания для этого приводится устоявшаяся в судебной практике пара — ст. 10 и ст. 168 ГК¹. Теоретически признание названных сделок ничтожными можно подвести под случай отказа в защите нарушенного права лишь с некоторой натяжкой, учитывая уже обоснованное выше суждение о том, что секундарное право нарушить затруднительно. Кроме того, институт недействительности сделок защищает скорее нарушенный законный интерес, а не конкретное субъективное гражданское право.

Более удачное описание данного правового феномена видится в том, что само секундарное право не имеет пороков, равно как и не нарушается лицом, подчиненным этому праву. Соответствующее секундарное право ничтожностью названных сделок не затрагивается.

¹ См. п. 7 Постановления № 25.

Порочным является реализация (осуществление) этого права, т.е. односторонняя сделка. Именно она является ничтожной и поэтому не влечет правовых последствий, на которые была направлена, т.е. не наступает ремиссионный или преобразовательный правовой эффект. Признание недобросовестных сделок ничтожными точнее относить к применению иных мер, предусмотренных законом (п. 2 ст. 10 ГК).

При этом условие договора об одностороннем отказе от исполнения обязательства или одностороннем изменении его условий также может быть признано недействительным, в том числе ничтожным, по самостоятельному основанию его противозаконности (п. 12 Постановления). В такой ситуации соответствующая сделка и такое условие договора являются ничтожными на основании ст. 168 ГК, а прибегать к ст. 10 ГК нет необходимости, поскольку у соответствующей стороны просто нет права, которым можно было бы злоупотребить.

При этом в некоторых случаях суды, усмотрев в условии об одностороннем изменении платы отсутствие каких-то критериев такого изменения, считают недопустимым само такое условие договора, ссылаясь при этом на комментируемый пункт¹. Несмотря на то, что прямо в тексте судебного акта это не предусмотрено, тем не менее такой подход ставит вопрос о том, не должно ли всякое условие об одностороннем изменении условия обязательства предусматривать критерии такого изменения. Пленум повода для такого вывода не дает.

(г) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум приводит всего один, но очень важный пример применения сформулированного им толкования норм права.

Речь идет о распространенном случае, когда банк злоупотребляет своим правом по кредитному договору на одностороннее увеличение процентной ставки. Основанием для констатации нарушения принципа добросовестности является **ничем не обусловленное непропорциональное увеличение** этой ставки. Критерий непропорциональности использовался также и в разъяснениях для арбитражной практики в отношении арендной платы (см. п. «а» комментария).

Защита прав подчиненного секундарному праву лица, в данном случае заемщика, осуществляется посредством **отказа во взыскании части процентов** по кредитному договору. Сравнительный анализ двух разъяснений показывает, что в отличие от подхода в отношении увеличенной ставки арендной платы Пленум не обозначает, в какой именно части во взыскании процентов следует отказывать. В арбитражной

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 22 апреля 2019 г. № 307-ЭС18-22127.

практике же предлагалось исходить из отказа во взыскании арендной платы в части, превышающей **средние рыночные ставки**. Из этого можно сделать предположение, что Пленум не считает данный подход верным или, по крайней мере, не считает его универсальным.

Действительно, фактическое снижение повышенной платы (будь то процентная ставка по кредиту, арендная ставка или что-либо иное) до среднерыночной, как универсальный количественный критерий, может вызывать сомнения. Дело в том, что при таком подходе лицо, злоупотребившее правом, в сущности ничем не рискует. Да, суд не должен позволить ему получить преимущество из его недобросовестного поведения, но и нарушитель ничего не теряет – получает рыночную плату. В результате у него отсутствует экономический стимул не допускать злоупотребления правом. Напротив, завывсив свои аппетиты, он в оптимистичном сценарии их удовлетворит, а в пессимистичном – получит рыночную цену. За пределами совершенно произвольного изменения процентной ставки займодавцем увеличение договорных процентных ставок обычно имеет место при повышении ключевой ставки Центральным банком РФ. Ключевая ставка является индикатором стоимости кредитных денег на рынке. В таких случаях коммерческие банки сообразно (пропорционально) увеличивают договорные процентные ставки по выданным кредитам, чтобы сохранить маржинальность в условиях подорожания кредитного ресурса.

В некоторых случаях концепция снижения повышенной платы до рыночной обнаружит свою дисфункцию, если пренебречь особенностями отношений сторон. Например, по условиям кредитного договора заемщик имеет льготную ставку кредитования, скажем, в связи с участием в той или иной премиальной программе банка. При повышении ключевой ставки банк, злоупотребляя своим вторичным правом, непропорционально увеличивает кредитную ставку. Ясно, что в таком случае уменьшение процентной ставки до рыночных ставок нарушит договоренность сторон о льготной ставке.

Редакция разъяснения Пленума в отношении отказа во взыскании части процентов содержательно (количественно) нейтральна. Таким образом, она позволяет исходить из того, что отказывать во взыскании процентов следует в той части, которая превышает ранее установленную договором процентную ставку. При таком подходе злоупотребивший своим правом займодавец за весь период с момента злоупотребления и до нового повышения им процентной ставки в размере, соответствующем принципу добросовестности, будет иметь право только на тот размер процентов, который был установлен ранее в договоре. С учетом

изменившейся ключевой ставки это означает, что в названный период процентная ставка окажется ниже рыночной, что невыгодно для займодавца и в некоторой степени может сдерживать злоупотребления.

Еще одно сравнение правовых позиций по аренде и приведенного Пленумом примера позволяет усмотреть второе отличие, на этот раз не в пользу комментируемого разъяснения. Дело в том, что относительно арендной платы обоснованно, как представляется, указывалось на **существенное** превышение платы по отношению к среднерыночным ставкам, а не просто на непропорциональное увеличение. Пленум же трактует лишь о непропорциональности. Незначительная диспропорция между рыночными ставками и повышенной договорной ставкой не должна рассматриваться в качестве злоупотребления.

Также можно заметить двухкомпонентность критерия злоупотребления права, введенного Пленумом, — (1) ничем не обусловленное (2) непропорциональное увеличение процентной ставки. На первый взгляд это кажется логичным, поскольку отмечает не только нарушение пропорциональности, но и произвольность, т.е. не обоснованное разумными причинами увеличение платы. Однако надо учитывать, что указанные критерии приведены в отношении определенного примера в качестве иллюстрации правовой позиции. Такое словоупотребление не должно препятствовать защите от злоупотребления, когда оно хоть чем-то да обусловлено. Например, повышение процентной ставки при неизменности ключевой ставки можно с учетом всех обстоятельств считать **ничем не обусловленным увеличением процентной ставки**. При этом по тем или иным обстоятельствам прежняя договорная ставка могла быть ниже рыночной, а с ее повышением она стала соответствовать рыночным ставкам. В такой ситуации процентную ставку нельзя назвать увеличенной непропорционально. И наоборот, повышение процентной ставки может быть обусловлено повышением ключевой ставки Центральным банком РФ, но договорная процентная ставка в одностороннем порядке увеличивается настолько, что оказывается существенно выше рыночных. В такой ситуации ставку можно рассматривать как непропорционально увеличенную.

Кроме того, абсолютно потестативное условие об изменении условий обязательства может быть согласовано сторонами именно в том смысле, что обладатель секундарного права управомочен на то или иное изменение условия без каких-либо условий. Если при этом существенного нарушения согласованного имущественного соотношения взаимных предоставлений не происходит, едва ли есть основания отказать в признании преобразовательного эффекта состоявшимся.

В известных пределах участники гражданского оборота могут принимать на себя достаточно рискованные условия обязательства. При этом надо учитывать, что, выговорив себе право на произвольное изменение условий обязательства, его обладатель вынужден сам чем-то поступиться, что диктуется общей логикой гражданского оборота. Ведь если другая сторона согласилась подчиниться такому праву, значит, в целом она считала договор выгодным для себя и за пределами порочных девиаций, правопорядок не должен вторгаться в договорное отношение, корректируя его условия.

Помимо этого, следует учитывать, что произвольное изменение обязательственных отношений в заранее согласованных параметрах является обычной договорной практикой, широко применяющейся в современном обороте в различных видах соглашений. Например, некоторые банки предлагают своим клиентам различные премиальные программы. Так, предусматривается, скажем, возможность для клиента выбрать опцию повышения процентной ставки по счетам и вкладам, а также улучшения других условий (повышенный предел кешбэка, увеличенный лимит совершения операций без комиссии, дополнительные сервисы и т.п.) за определенную ежемесячную плату. При этом клиент может совершенно произвольно участвовать в этой программе, равно как и отключить эту опцию. К таким и подобным случаям критерий разъяснения о ничем не обусловленном увеличении процентной ставки не подлежит применению.

Получается, что критерий ничем не обусловленного увеличения процентной ставки не является универсальным, а потому ключевым критерием следует считать существенное нарушение принципа пропорциональности при одностороннем увеличении той или иной платы.

15. Предусмотренное диспозитивной нормой или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства (пункт 3 статьи 310 ГК РФ).

Если право на односторонний отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение условий обязательства установлено императивной нормой, например абзацем вторым пункта 2 статьи 610 ГК РФ, то включение в договор условия о выплате денежной суммы в случае осуществления стороной этого права не допускается (пункт 1 статьи 422 ГК РФ). Такое условие договора является ничтожным, поскольку оно про-

тиворечит существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства (пункт 2 статьи 168 и статья 180 ГК РФ).

Равным образом, по смыслу пункта 3 статьи 310 ГК РФ не допускается взимание платы за односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства другой его стороной.

(а) На первый взгляд в отношении одностороннего отказа от исполнения обязательства или одностороннего изменения его условий может существовать только два нормативных состояния: 1) такие отказы не допускаются (общее правило) либо 2) такие отказы допускаются (исключение из общего правила).

Сделки с условием об одностороннем отказе обычно невыгодны для той стороны, которая подчинена секундарному праву, и влекут для нее экономические потери. Соответственно, одна сторона стремится получить соответствующее право, если оно не предусмотрено законом, или сохранить его, если оно предусмотрено диспозитивной нормой, а другая сторона, напротив, стремится не предоставлять такое право либо отменить его договором. Эти противонаправленные интересы не могли не привести к возникновению и третьего варианта, когда соответствующий односторонний отказ одной стороны допускается, но на определенных условиях, в той или иной степени идущих на пользу другой стороне.

Одним из проявлений этого правового феномена в договорной практике является установление платы за односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение. С позиций теории договорного права такое условие не нуждается в законодательной поддержке, поскольку находит свое основание в принципе свободы договора. Абстрактным образом первоначально это было подтверждено в арбитражной практике на примере отказа от исполнения договора возмездного оказания услуг. Предусматривалось, что положения ст. 782 ГК не исключают возможности установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть **обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне**)¹.

¹ См. абз. 3 п. 4 Постановления № 16. См. также по конкретным делам: Постановление Президиума ВАС от 22 октября 2013 г. № 6764/13 (комиссия за досрочный

Впоследствии эта правовая позиция была воспринята законодателем на более высоком пандектном уровне. Согласно новому п. 3 ст. 310 ГК предусмотренное настоящим Кодексом, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, **связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности**, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть **обусловлено** по соглашению сторон **необходимостью выплаты** определенной денежной суммы другой стороне обязательства.

Не трудно заметить, что законодатель допустил ту же ошибку, которую он совершил в первоначальной редакции ст. 310 ГК в отношении предусмотренного договором одностороннего отказа от исполнения обязательства или его одностороннего изменения. По букве закона такие отказы допускались, только если обязательство было связано с предпринимательской деятельностью обеих его сторон. Исправив эту ошибку в п. 2 ст. 310 действующей редакции ГК, законодатель тут же повторил ее в п. 3 этой же статьи.

Дело в том, что стороны обязательства, для которого диспозитивной нормой предусмотрен соответствующий односторонний отказ, вправе заблокировать право на его осуществление своим соглашением. Причем это допускается также и в отношении слабой стороны, и в отношении лица, для которого обязательство не связано с осуществлением предпринимательской деятельности, если соблюдается принцип добросовестности. Наличие секундарного права, осуществление которого обусловлено платой, является большим благом для его обладателя, чем отсутствие права. Следовательно, согласно *argumentum a fortiori*, если стороны уполномочены на большее (лишение права), они должны быть уполномочены и на меньшее (установление платы за осуществление права). Это становится еще более очевидным, когда ни законом, ни иным правовым актом сторона обязательства соответствующим правом не наделена. Ведь в такой паре, как обязательство без права на односторонний отказ и обязательство с платным правом на такой отказ, последнее никак не может быть хуже первого, но если допускается первое, тогда нет смысла в ограничении второго. Пленум, к сожалению, не коснулся этого явного противоречия в законе, хотя оно необоснованно ограничивает автономию воли и свободу договора участников гражданского оборота и влечет неравенство между ними.

возврат кредита); Определение СКЭС ВС от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784 (плата за досрочный отказ от аренды).

Однако такое умолчание не является препятствием для судов в применении метода телеологической редукции в отношении п. 3 ст. 310 ГК, так же как это было сделано в арбитражной практике в отношении первоначальной редакции ст. 310 ГК.

Несмотря на всю лаконичность законодательной нормы, она содержит неточность, хотя и некритичную. Дело в том, что соответствующий отказ может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной **денежной суммы**. Ясно, что нет никаких логических или политико-правовых причин для ограничения свободы усмотрения сторон по объектам гражданского права. Правильное понимание этого законоположения должно сводиться к тому, что названный отказ может быть обусловлен необходимостью предоставления любого объекта гражданского права (ст. 128 ГК).

(б) Абзац 1 комментируемого пункта представляет собой переделку текста рассматриваемой нормы. Вместо слов закона о предусмотренном настоящим Кодексом, другим законом, иным правовым актом или договором праве Пленум трактует о предусмотренном **диспозитивной нормой или договором** праве. Во всем остальном разъяснение не отличается от текста закона, являясь его точной цитатой.

Из соотношения абз. 1 и 2 рассматриваемого пункта становится понятно, что эта метаморфоза предпринята для того, чтобы показать недопустимость установления платы для такого одностороннего отказа от исполнения обязательства или его одностороннего изменения, которые установлены императивной нормой. Логически в таком разъяснении нет необходимости, поскольку всякий договор не может изменять императивное правило (абз. 1 п. 4 ст. 421, п. 1 ст. 422 ГК). Поэтому в этой части разъяснение носит дидактический характер, хотя здесь есть один нюанс, на который будет указано далее.

(в) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум как раз устанавливает общее правило о том, что если соответствующий отказ предусмотрен императивной нормой, включение в договор условия о выплате денежной суммы в случае осуществления стороной этого права не допускается. Дабы ни у кого не было сомнений в отношении последствий нарушения этого запрета, к этому добавляется, что такое условие является ничтожным, ибо оно противоречит существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства. При этом уточняется, что в таком случае речь идет о ничтожности части сделки (ст. 180 ГК). Все это более чем очевидно.

Значительно сложнее обстоят дела с определением характера соответствующего отказа, установленного законом или иным нормативным

актом, поскольку множество соответствующих норм не содержат реквизи- тивности или императивности. Пленум приводит пример такого права, указывая на предусмотренное абз. 2 п. 2 ст. 610 ГК право каждой стороны договора аренды, заключенного на неопределенный срок, отказаться от него, предупредив об этом другую сторону в назван- ные в данной норме сроки. Такой подход корреспондирует другому разъяснению в арбитражной практике. Эта норма хотя и не содержит явно выраженного запрета на установление иного соглашением сторон, но из существа законодательного регулирования договора аренды как договора о передаче имущества во временное владение и пользование или во временное пользование (ст. 606 ГК) следует, что стороны та- кого договора аренды не могут полностью исключить право на отказ от договора, так как в результате этого передача имущества во владение и пользование фактически утратила бы временный характер¹.

Некоторую сложность могут представлять случаи, когда право на отказ от исполнения обязательства отменить соглашением сторон не допускается, но возможно предусмотреть иные последствия его осу- ществления. Стороны договора (тем более, если они обе осуществляют предпринимательскую деятельность и занимают равные договорные позиции) вправе установить **иной режим определения последствий от- каза от договора**, отличный от того, который указан в п. 1 ст. 782 ГК. В частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпри- нимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне (п. 4 Поста- новления Пленума № 16)². Абзац 2 комментируемого пункта Поста- новления ничего об иных последствиях осуществления права на отказ от исполнения обязательства, установленного императивной нормой, не говорит. Напротив, он прямо указывает, что такое последствие, как установление платы за такой отказ от исполнения, не допускается. Иными словами, тут можно усмотреть такую нехитрую логику: раз право на отказ отменить нельзя, то и плату за него установить нельзя. Если признать, что в приведенных правовых позициях нет противоре- чия (а в названном судебном акте, судя по всему, судьи такой коллизии не усматривали), то необходимо провести дифференциацию между ними. Это довольно тонкое различие, а кроме того, не до конца ясно, каковы его критерии.

¹ См. абз. 4 п. 3 Постановления № 16.

² См.: Определение СКЭС ВС от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216.

На первый взгляд, если право на отказ от исполнения обязательства предусмотрено императивной нормой, то воля законодателя направлена на то, чтобы наделить соответствующую сторону секундарным правом, которое в силу общего принципа она свободно может осуществлять своей волей и в своем интересе. Это значит, что ничто не должно чинить препятствия управомоченному лицу, в том числе установление платы за осуществление права.

Но, видимо, может быть обоснован и другой подход. Если норма закона не позволяет согласовать отмену самого секундарного права, но устанавливает, что его осуществление влечет возникновение имущественного бремени, например, по оплате другой стороне фактически понесенных ею расходов или полного возмещения убытков, то замена соглашением сторон этих последствий на обязанность внесения платы за односторонний отказ от исполнения договора допускается. Насколько такой подход может быть признан универсальным, требует дополнительного анализа, что выходит за рамки данного комментария.

(г) Односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение одной стороной зачастую является установленным законом, иным правовым актом или договором юридическим средством защиты на случай нарушения обязательства другой стороной. Иными словами, управомоченная сторона осуществляет свое секундарное право в ответ на нарушение обязательства другой стороной, т.е. эти случаи не связаны с потерей интереса одной стороны в получении соответствующего объекта гражданского права (предоставления), а обусловлены неисполнительностью контрагента. Поэтому правопорядку следует проводить дифференциацию этих случаев, учитывая различное соотношение прав и законных интересов сторон. Законодатель буквальным образом такого разграничения не проводит.

В третьем (последнем) абзаце комментируемого пункта Пленум восполняет молчание закона, выводя из смысла п. 3 ст. 310 ГК **недопустимость взимания платы** за соответствующий отказ, если он вызван **нарушением** обязательства другой стороны. Действительно, даже не отыскивая скрытых смыслов в названной норме, чувство правовой интуиции восстает против того, чтобы нарушитель обязательства получал плату в связи со своим нарушением.

Более того, довольно трудно представить себе переговорный процесс, когда одна сторона предложила предусмотреть, что в случае нарушения ею договора другая сторона будет вправе отказаться от исполнения обязательства, но за плату, и получила согласие другой стороны. Тот факт, что эта последняя сторона согласилась с предложенным условием,

может даже вызывать сомнения в том, была ли ее воля действительно свободна от какого-либо порока и как в этот момент обстояли ее дела с дееспособностью. Согласиться уплачивать нарушителю плату, чтобы освободиться от нарушенного им обязательства, представляется настолько нерациональным, что не заподозрить здесь скрытые пороки достаточно трудно. Не удивительно, что широкой практики таких договорных условий не наблюдается, и они скорее относятся к категории юридических редкостей, которые тем не менее, видимо, удалось обнаружить разработчикам данного фрагмента разъяснения.

Выражение Пленума в начале предложения («**Равным образом...**»), надо полагать, указывает на логическую связь с предыдущим абзацем. Это означает, что рассматриваемое в разъяснении условие договора является ничтожным. Поэтому точнее говорить не о том, что не допускается взимание такой платы, а о том, что само условие об этом недопустимо.

Как указывалось выше, установление платы за односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение является лишь одним из видов условий, которые могут устанавливаться соглашением в качестве балансирования интересов сторон между свободным немотивированным отказом и его запретом. Если установление платы в отношении отказа, вызванного нарушением, не допускается, то другие условия вполне возможны. Например, нет препятствий договориться о том, что вместо одностороннего отказа от исполнения обязательства договор может быть расторгнут только в судебном порядке.

Несмотря на все сказанное выше, имеются основания для рассмотрения вопроса о необходимости телеологической редукции правовой позиции абз. 3 (последнего) комментируемого пункта. Иными словами, в определенных случаях взимание платы нарушителем за односторонний отказ другой стороны должно допускаться. Речь идет о таких ситуациях, когда, согласно закону, соответствующее нарушение обязательства не является основанием для отказа от исполнения обязательства (например, оно не является существенным), но стороны устанавливают договором такое право, обусловив его платой. При этой картине нельзя сказать, что нарушитель извлекает выгоды из своего незаконного поведения, ведь за свое нарушение он несет ответственность, а плату за отказ он получает за разрыв обязательственной связи, на который у другой стороны права по закону нет. Так что и здесь обладатель секундарного права получил дополнительную правовую возможность на возмездной основе, без чего он такого права не имел бы.

(д) Установление платы за односторонний отказ от исполнения обязательства следует ограничивать от иных юридических приемов балансирования интересов сторон. Пленум не коснулся этой темы, хотя здесь есть почва для проведения такого разграничения. Например, иногда возникает вопрос о соотношении названной платы с отступным. Не вдаваясь в подробности этого аспекта, заметим, что в некоторых случаях теоретически такое разграничение провести будет не просто, но в условиях российской модели соглашения об отступном, которое, согласно устоявшейся судебной практике, рассматривается как порождающее факультативное обязательство, ограничить условие о плате за отказ от исполнения обязательства несложно. Условие о платном отказе от исполнения обязательства не порождает факультативного обязательства.

Еще один вопрос неожиданно возник в связи с правовой квалификацией отношения, возникающего при согласовании условия *take or pay*. Если не вдаваться в детали, оно, как известно, обычно сводится к тому, что в синаллагматическом обязательстве одна из сторон принимает на себя обязательство оплатить встречное предоставление другой стороны, даже если она его не затребует. Упрощенно обозначая казус, в связи с которым была сформулирована соответствующая правовая позиция, можно свести его к следующему. По договору, заключенному на несколько лет, предусматривалось, что заказчик оплачивает перевалку угля, в том числе не предъявленного к перевалке по согласованной ставке. Заказчик заявил об одностороннем отказе от договора, а суд в результате посчитал, что, несмотря на такой отказ, он все равно обязан оплатить причитающееся другой стороне в качестве платы за отказ от исполнения договора. Такая квалификация представляется ошибочной, хотя она и не помешала в данном конкретном случае прийти к правильному суждению об эффективности самого условия *take or pay*¹.

Включение такого условия в двусторонний договор (п. 2 ст. 308 ГК) придает ему некоторые черты абонентского договора (ст. 429.4 ГК).

Синаллагматическое обязательство предусматривает обмен встречными предоставлениями сторон. Согласовав такой обмен, стороны тем самым признают эквивалентность их предоставлений. Условие *take or pay* приводит по внешней видимости к искажению в эквивалентности синаллагмы, поскольку допускает отсутствие предоставления с одной стороны при наличии обязанности предоставить согласованное испол-

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216.

нение с другой стороны. Попросту говоря, создается впечатление, что одна из сторон в такой ситуации получает некое благо безвозмездно. Технически это действительно так. Но эмпирика доказывает, что в таких договорах имеется экономический смысл и они широко востребованы, особенно в коммерческом обороте. Если, например, импортер угля договорился о его перевалке в течение действия договора на морские суда с готовностью оплачивать услуги и за те периоды, когда перевалка не будет востребована, то его интерес может учитываться в целом ряде других факторов, в том числе в цене и гарантии, что при необходимости услуги будут произведены. Другая сторона также заинтересована в таком условии, поскольку имеет сбыт своих услуг в течение всего действия договора, причем с гарантированной оплатой, т.е. и за тот период, когда в силу динамики рыночной конъюнктуры спроса на такие услуги может и не быть или он существенно уменьшается. Спрос на те или иные товары, в том числе сырьевые, может сильно изменяться в течение определенного периода. Соответственно, при падении спроса импортер вынужден сокращать закупки и его потребность в перевалке сокращается, но никто не знает динамику будущего спроса и предложения, а потому нужны гибкие средства реакции на эти обстоятельства. Также и другая сторона при экономическом спаде может не найти должного спроса на свои услуги. В этом аспекте для договора по выполнению услуг (работ) с условием *take or pay* можно образно говорить о своего рода «фракте работ», т.е. объем работ зафрахтован или забронирован, а будет ли он востребован, решает заказчик.

Таким образом, условие *take or pay* базируется на оценке сторонами рисков, связанных с искажением эквивалентности синаллагмы, что возможно, только если стороны находятся в договорном отношении в течение согласованного периода. Поэтому произвольный односторонний отказ одной из сторон от исполнения договора, влекущий досрочное прекращение правоотношения, вступает в противоречие с самим существом данной модели отношения. Отсюда следует заключить, что если иное не предусмотрено договором, односторонний отказ от такого договора не допускается. Это не означает, что заказчику могут быть навязаны услуги (работы) или иное предоставление помимо его воли. Данная модель предполагает, что заказчик может не востребовать предоставление, но остается обязанным к собственному исполнению, как если бы предоставление было затребовано. Естественно, все средства защиты при нарушении договора у сторон сохраняются, в том числе и односторонний отказ от договора в ответ на его нарушение, когда он предусмотрен законом или договором.

Односторонний отказ от договора с условием *take or pay* не влечет юридических последствий, и соответствующая сторона обязана осуществлять исполнение согласно условиям договора (например, оплачивать услуги по перевалке, которые не были затребованы), несмотря на то, что предоставления другой стороны она не получает. Следовательно, оплата фиктивных услуг не может рассматриваться как плата за односторонний отказ от договора, это явление иного правового свойства.

Еще один случай, который надо принять во внимание, — это установление неустойки за сам факт нарушения обязательства. Его нельзя смешивать с платой за отказ от исполнения договора, что иногда можно усмотреть на практике¹. Такой штраф является ответственностью за недопустимый отказ от исполнения обязательства (п. 1 ст. 310 ГК).

Сложнее обстоит дело с дефектами договорной техники, влекущими когнитивный диссонанс. Речь идет о ситуациях, когда, с одной стороны, участники договора предусматривают право одной из сторон на односторонний отказ от исполнения обязательства, а с другой стороны, предусматривают за это штраф. Естественно, здесь возникает противоречие, поскольку установление договором ответственности за правомерное действие нелогично. В таком случае суд вынужден прибегать к выявлению действительной общей воли сторон, что является непростым делом. В судебной практике имеются примеры, когда такое толкование приводило суд к выводу о том, что согласована плата за отказ от исполнения обязательства².

16. По смыслу пункта 3 статьи 310 ГК РФ обязанность по выплате указанной в нем денежной суммы возникает у соответствующей стороны в результате осуществления права на односторонний отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение его условий, то есть в результате соответствующего изменения или расторжения договора (пункт 2 статьи 450.1 ГК РФ). Если иное не предусмотрено законом или договором, с момента осуществления такого отказа (изменения условий обязательства) первоначальное обязательство прекращается или изменяется и возникает обязательство по выплате определенной денежной суммы.

Если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 7 февраля 2019 г. № 309-ЭС18-8960.

² См.: Определение СКЭС ВС от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058. См. также п. 20 Обзора судебной практики ВС № 4 (2017) (утв. Президиумом ВС 15 ноября 2017 г.).

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 (пункт 2 статьи 10 ГК РФ).

(а) Согласно п. 3 ст. 310 ГК соответствующее секундарное право может быть **обусловлено необходимостью** выплаты определенной денежной суммы. Буквальным образом закон не определяет, когда именно должна быть произведена названная выплата. Вместе с тем контекст самой нормы, с указанием на некоторые обусловленность и необходимость для осуществления права, подталкивает к выводу, что для того, чтобы реализовать названное право, требуется сначала заплатить, если иное не вытекает из договора. В этом есть *ratio legis*, поскольку указанную плату можно рассматривать как предоставление, открывающее выход из договора (*exit fee*). Коль скоро сторона обусловила освобождение другой стороны от связующей силы обязательства платой, можно предположить, что она рассчитывала на сохранение названной связанности, пока плата не будет получена. Иными словами, обязательство прекращается не только лишь одной волей управомоченного, а платежом (*conditio juris*). Но Пленум так не считает.

(б) Разъяснение представляет дело так, что соответствующий отказ управомоченного лица влечет возникновение у него обязанности платежа. Это суждение выводится из смысла п. 3 ст. 310 ГК.

Можно предположить, что такой подход является следствием не критичного развития частного примера из разъяснений для арбитражных судов. Дело в том, что исторически на абстрактном уровне обсуждаемая плата приводилась в качестве одного из примеров в контексте квалификации ст. 782 ГК в качестве ограничительно диспозитивной. В изменение этой нормы считалось допустимым согласование иного режима определения **последствий** отказа от договора (например, **полное возмещение убытков** при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо обсуждаемой платы. Действительно, условие о плате за отказ от договора может быть определено сторонами таким образом, что ее размер можно установить только при наступлении последствий названного отказа, но не заранее. В таком случае, конечно, предоплату невозможно помыслить, поскольку размер ее неизвестен и определяется тем или иным образом, в зависимости от тех или иных обстоятельств по условиям договора. Но практика свидетельствует о множестве других случаев, когда плата определена договором заранее и от последствий, возникающих вследствие одностороннего

отказа от обязательства, никак не зависит, включая установление ее в твердой сумме. К сожалению, Пленум не усмотрел различий для этих ситуаций.

Поэтому управомоченной на получение платы стороне следует позаботиться о своих интересах договорным способом. В противном случае она рискует тем, что другая сторона не будет уже связана обязательством после отказа от его исполнения, а реальное получение платы зависит от исполнительности обязанного лица.

Интересы сторон были бы сбалансированы лучшим образом, если бы порядок исходил из другой посылки: обязательство прекращается односторонним отказом от его исполнения после выплаты определенной соглашением денежной суммы, если иное не вытекает из данного соглашения. Обратная посылка, на которой стоит Пленум, означает появление относительно новой категории дел о взыскании неуплаченной после соответствующего отказа платы, которой не было бы, если бы закон был истолкован по-иному.

(в) Пленум выводит из смысла п. 3 ст. 310 ГК, что обязанность **возникает** у соответствующей стороны в результате осуществления секундарного права. Это суждение, согласно теории обязательственного права, представляется спорным. Если соглашение сторон является консенсуальным договором, то права и обязанности по нему возникают в момент его заключения, разве что иное было предусмотрено этим договором. Стороны, связав себя условиями обязательства, уже не могут освободиться от них, а возникшие права входят в состав имущества управомоченных лиц, могут переходить к другим лицам, выступать предметом залога, прекращаться по основаниям, предусмотренным законом, и т.п. Таким образом, в момент заключения договора управомоченное на получение платы лицо уже имеет требование о ее уплате, другое дело, что это требование находится в подвешенном состоянии, т.е. является незрелым (не перфектным), и созревает при наступлении условия права (*conditio juris*).

В квалификационной модели, введенной Пленумом, было бы точнее говорить о том, что в момент заявления соответствующего отказа право потребовать уплаты соответствующей суммы становится зрелым (перфектным), т.е. способным к взысканию, если иной срок исполнения корреспондирующей праву обязанности не вытекает из договора. Таким образом, в этой модели правовое основание обязательства по уплате определенной суммы по общему правилу имеет сложный фактический состав, складывающийся из двух элементов: 1) условие договора и 2) сделка по соответствующему одностороннему отказу.

Пленум связывает возникновение соответствующих правовых последствий с **моментом осуществления отказа** от исполнения обязательства (или его изменения). При этом под указанным моментом по общему правилу следует понимать момент, когда уведомление управомоченной стороны доставлено или считается доставленным по правилам ст. 165.1 ГК (см. абз. 2 п. 13 Постановления). Однако названный момент является лишь общим правилом, поскольку Пленум считает, что иное может быть предусмотрено законом или договором. Тому факту, что здесь упущена ссылка на иные правовые акты, едва ли следует придавать значение, так как оснований не допускать этого не усматривается. Действительно, нет препятствий согласовать такое условие, согласно которому, например, обязательство прекращается с момента уплаты соответствующей суммы. Более того, в некоторых случаях закон действительно устанавливает нетипичное, если не сказать аномальное, правило, предусматривающее, что в случае одностороннего отказа одной из сторон от исполнения договора договор считается расторгнутым **со дня направления** другой стороне уведомления об одностороннем отказе от исполнения договора (ч. 4 ст. 9 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»). Кроме того, следует принять во внимание еще один нюанс в судебной практике, согласно которому преобразовательный или ремиссионный эффект возникает в момент возврата соответствующего уведомления (см. п. «д» комментария к п. 13 Постановления).

Ссылка Пленума на п. 2 ст. 450.1 ГК имеет только то значение, что договор считается расторгнутым или измененным. К моменту наступления рассматриваемых правовых последствий эта норма отношения не имеет.

Во втором предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум упоминает **первоначальное** обязательство, которое, соответственно, прекращается или изменяется. Наличие первоначального обязательства логически предполагает существование какого-то другого обязательства (последующего, нового и т.п.). Такая терминология не очень соотносится со случаем отказа от исполнения обязательства полностью, поскольку никакого иного, кроме прекратившегося односторонним отказом, обязательства не обнаруживается, если не считать само обязательство по уплате соответствующей суммы. Однако едва ли можно считать, что обязательство по внесению обсуждаемой платы

обновляет первоначальное обязательство отказавшегося от исполнения обязательства лица. В синалагматическом обязательстве правомерный отказ одной стороны от своего обязательства влечет прекращение обязательства другой стороны, вместо этой двусторонней связи у отказавшейся стороны остается обязанность уплатить соответствующую плату. Например, если по договору аренды арендатор имеет право отказаться от исполнения обязательства, то такой отказ влечет прекращение его обязанности уплачивать арендную плату, а у арендатора прекращается обязанность по предоставлению имущества во владение и пользование. При этом арендатор обязан уплатить согласованную плату за отказ от исполнения обязательства.

В контексте одностороннего изменения обязательства такая терминология создает ассоциацию с новацией, для которой она характерна. Отсюда может возникать вопрос: имеется ли в виду такое соглашение сторон, когда обязательство может быть новировано волей одной стороны? Теоретически такое исключать нельзя, поскольку ст. 310 ГК никак не ограничивает содержание одностороннего изменения обязательства, хотя на практике широкого использования данной модели не наблюдается. Чаще всего на практике одностороннее изменение обязательства охватывает случаи увеличения размера той или иной обязанности (арендных платежей, процентов за пользование займов, цены товара и т.п.). Последнее не является новацией.

(г) В разъяснении прямо указано, что описанная модель отношений применяется, **если иное не предусмотрено законом или договором**; правда, почему-то эта блокирующая оговорка отнесена только ко второму предложению, хотя она должна относиться ко всему абз. 1 комментируемого пункта.

Пленум не касается особенного случая заключения смешанного договора, который встречается иногда на практике¹ и к которому разъяснение Пленума должно применяться лишь *mutatis mutandis*. Речь идет об обеспечительном платеже, когда, согласно его условиям, он рассматривается так же, как заранее внесенная плата за односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий. Например, договором аренды может предусматриваться, что если обеспечительный платеж не будет израсходован в обеспечение исполнения других обязательств, он присваивается арендодателем в случае одностороннего отказа арендатора от договора в качестве платы за отказ от исполнения обязательства. В таких случаях сделка

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 7 марта 2019 г. № 305-ЭС18-20347.

по одностороннему отказу исчерпывает отношения сторон, поскольку плата за отказ уже получена управомоченной стороной. В момент получения уведомления арендатора об одностороннем отказе от договора соответствующие обязательства сторон считаются прекратившимися, включая обязательство арендодателя возратить обеспечительный платеж.

Соответствующие интересы сторон могут быть достигнуты и с несколько иным структурированием отношений. Обязательство уплаты определенной суммы не рассматривается заранее исполненным путем внесения обеспечительного платежа. В момент одностороннего отказа арендатора от договора возникает (созревает) обязательство по уплате названной суммы, которое прекращается за счет обеспечительного эффекта присвоения обеспечительного платежа или по другой концепции зачетом. Для последней зачетной вариации данной модели в соответствующих случаях придется предусмотреть эвентуальное волеизъявление на зачет, содержащееся в уведомлении об одностороннем отказе от договора, либо отыскивать заявление о зачете со стороны арендодателя. Этот вариант описания структуры и динамики правоотношения кажется избыточно усложненным. Обнаружение зачетного правоотношения является функционально ненужным, поскольку уведомления об отказе исполнения обязательства при наличии условия о присвоении обеспечительного платежа достаточно для соответствия правового результата волеизъявлениям сторон, а также достаточно для того, чтобы каждая сторона понимала, каково ее правовое положение. К тому же концепция зачета обнаружит затруднения в тех случаях, когда обеспечительный платеж по соглашению с кредитором вносило третье лицо.

(д) Еще один актуальный вопрос, который не затронут Пленумом, касается влияния недействительности тех или иных сделок в рассматриваемой сфере отношений на полученную плату. Здесь можно наблюдать три различных случая, требующих дифференциации юридического анализа. Недействительным может оказаться условие договора об установлении платы, например, в связи с тем, что соответствующий односторонний отказ предусмотрен императивной нормой. Если плата за отказ в данном случае уплачивалась на основании недействительного условия договора, она подлежит возврату на основании п. 2 ст. 167 ГК. Еще одним случаем выступает оспаривание действительности самого платежа при действительности условия договора о соответствующей плате, равно как сделки по отказу от исполнения обязательства или его одностороннему изменению. Такой эффект можно наблюдать, например,

при оспаривании платежа как предпочтительного удовлетворения требования одного из кредиторов при несостоятельности должника. Здесь также применима реституция.

Некоторое усложнение с квалификацией отношений можно усмотреть в третьем случае, когда недействительной является только сама сделка по одностороннему отказу от исполнения обязательства или его одностороннего изменения, например, вследствие нарушения принципа добросовестности (абз. 1 п. 14 Постановления). Тот факт, что полученная плата подлежит возврату и в этом случае, не подлежит сомнению, поскольку для ее получения нет правового основания; вопрос может возникать в отношении правовой квалификации такого возврата. Дело в том, что названные отказы относятся соответственно к ремиссионной сделке либо к преобразовательной сделке. Эти действия имеют только одну направленность – прекращение или изменение соответствующих прав и обязанностей. Иными словами, это правопрекращающие или правоизменяющие сделки, которые не влекут возникновения нового обязательства. Если это действительно так, то соответствующая плата получена не по такой сделке (отказу), а потому затруднительно обосновать, что при ее недействительности данная плата подлежит возврату как полученная по такой сделке. Тогда отношение по возврату находит свое правовое основание в неосновательном обогащении, а не в реституции. При всей теоретической спорности разграничения отношений на реституционные и кондикционные в российском праве это деление является устоявшимся и последовательно проводится на практике. Но тогда получается, что схожие права по возврату платы регулируются различным образом, что нежелательно, поскольку это угрожает принципу равенства. Например, различными будут сроки исковой давности и порядок их исчисления по требованию о возврате рассматриваемой платы.

Поэтому следует отдать предпочтение такой квалификации, согласно которой правовое основание получения платы имеет сложный фактический состав, состоящий из двух элементов: 1) условия договора о плате и 2) сделки по соответствующему отказу. Уничтожение одного из элементов влечет те же последствия, что и недействительность сделки, а потому полученная плата подлежит возврату по п. 2 ст. 167 ГК.

(е) На первый взгляд плата за односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение не представляет собой сложного правового феномена. Это обыкновенное денежное обязательство, размер которого или порядок определения которого согласован сторонами. Вопрос о том, за что уплачивается такая денежная сумма,

по всей видимости, также не столь сложен для обоснования. Когда соответствующий односторонний отказ не предусмотрен законом или иным правовым актом, можно считать, что обязанность уплатить соответствующую плату устанавливается в обмен на получение (предоставление) секундарного права, которое управомоченное лицо не получило бы, не согласись оно на принятие такой обязанности. Если названная плата добавляется к предусмотренному диспозитивной нормой тому или иному отказу, то и здесь можно усмотреть такую же логику. Другая сторона настаивает на изменении данного диспозитивного правила, чтобы лишить управомоченное лицо секундарного права, однако стороны идут на компромисс и это право сохраняется, но обуславливается необходимостью уплатить согласованную денежную сумму. Иными словами, плата взимается за правовую возможность выйти из обязательства, которая должна быть оплачена, как и любое другое благо, получаемое по обязательству.

В плате за соответствующий отказ, в особенности за отказ от исполнения обязательства, легко усмотреть инвертированный вид платы за опцион. Согласно п. 1 ст. 429.2 ГК по общему правилу опцион на заключение договора предоставляется за плату или другое встречное предоставление. По п. 3 ст. 310 ГК наблюдается тот же правовой феномен, но с движением в обратную сторону — это не вход в договор, а выход из него. В этом смысле рассматриваемая плата — это своего рода цена за товар, каковым выступает секундарное право, позволяющее по усмотрению его обладателя разорвать связующую силу обязательства.

Однако, возможно, дело обстоит несколько сложнее, чем приведенные выше представления о юридической природе платы за отказ. Дело в том, что плата есть последствие или условие отказа от обязательства. Этот отказ по общему правилу в обязательственном праве не допускается и является правонарушением. Возможно, поэтому плата испытывает на себе «гравитацию стандартной модели». Первородная природа ответственности дает о себе знать особенно тогда, когда размер платы определен заранее или иным образом не может точно соответствовать последствиям соответствующего отказа. В рамках стандартной модели неправомерный односторонний отказ от исполнения обязательства влечет обязанность возместить убытки. Убытки, как и всякая ответственность, по общему правилу подчинены принципу соразмерности.

Как при неправомерном отказе, так и при правомерном другая сторона несет определенные экономические потери одинаковым образом. Иными словами, экономическая невыгода одинакова и в том и в другом случае. Но особенность заключается в том, что на основании

п. 3 ст. 310 ГК появляется правовая возможность как бы перевести охранительное отношение в регулятивное. Но эта метаморфоза ничего не меняет экономически — смотря по обстоятельствам, соответствующий отказ повлечет некоторые потери, размер которых тем или иным образом будет соотноситься с предусмотренной соглашением платой, т.е. они могут более или менее соответствовать размеру платы или, напротив, существенно расходиться с ним.

Приведем для наглядности намеренно утрированный пример. Договор аренды предусматривает право арендатора в одностороннем порядке отказаться от договора, уплатив плату в размере, скажем, за три арендных периода. Экономическая логика здесь очевидна: арендодатель досрочно теряет источник дохода от использования своего имущества и несет соответствующие потери. Он рассчитывает, что за тот временной период, за который вносится плата за отказ от договора, ему удастся подыскать нового арендатора и восстановить *status quo*. Далее обстоятельства складываются таким образом, что через день после отказа арендатора от договора находится другой арендатор, с которым заключается замещающая сделка, да к тому же с более высокой арендной ставкой. Если бы отношения сторон регулировались ординарным образом, в сложившихся обстоятельствах односторонний отказ от исполнения обязательства арендатором рассматривался бы как нарушение обязательства, влекущего обязанность возместить убытки. Размер последних при отсутствии каких-то дополнительных привходящих обстоятельств составил бы арендную плату за один день, а с учетом того, что замещающая сделка заключена по более высокой ставке, убытки и вовсе отсутствуют. Тогда как «упакованная в плату ответственность» составляет сумму за три арендных периода. Такие и подобные ситуации не могли не поставить вопрос о допустимости уменьшения платы при определенных обстоятельствах. При положительном ответе на этот вопрос данная плата за предоставление секундарного права начинает принимать юридические черты компенсации за последствия его реализации, а не цены за приобретение такого права.

Если же смотреть на плату лишь как на цену приобретения права, то о снижении такой цены не может быть и речи. Ведь никому не приходится в голову в условиях, когда покупатель докажет, что цена товара, которую он согласовал, несоразмерна его действительной стоимости, рассчитывать на то, что суд может помочь купить товар подешевле. Также не обсуждается допустимость *ex post* судебного контроля за справедливостью цены в отношении приобретенного опциона. В этих случаях если и возможна правовая защита, то только в контексте

кабальных сделок (п. 3 ст. 179 ГК) или в парадигме *clausula rebus sic stantibus*, т.е. по ст. 451 ГК. Кроме того, если обладатель секундарного права считает, что реализация права обойдется ему слишком дорого, он всегда может продолжать исполнять обязательство.

(ж) В арбитражной практике признавалась допустимость коррекции условия о взимании платы за односторонний отказ от договора. С учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедливым и не применено судом условие об обязанности **слабой стороны** договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая **явно несоразмерна** потерям другой стороны от досрочного прекращения договора¹.

Как видно, допустимость *ex post* судебного контроля за справедливостью рассматриваемой платы ставилась в зависимость от наличия одновременно двух условий: 1) обязанность слабой стороны и 2) явная несоразмерность платы потерям другой стороны.

Пленум исходит из принципиальной возможности судебного контроля за справедливостью рассматриваемой платы, т.е. скорее смотрит на нее как на компенсацию риска кредитора, справедливо рассчитывающего на то, что правоотношение будет сохранено в изначально согласованном виде, что было упомянуто при рассмотрении первоначального проекта Постановления одним из докладчиков². Правда, не очень понятно, почему кредитор справедливо рассчитывал на указанное обстоятельство, если сам и согласился на платный односторонний отказ.

Редакция абз. 2 комментируемого пункта также позволяет усмотреть два условия, но только одно из них совпадает с приведенными выше.

Отказ во взыскании платы полностью или частично допускается при (1) **очевидном несоответствии размера** этой денежной суммы неблагоприятным последствиям соответствующего отказа и (2) **заведомо недобросовестном осуществлении** права требовать ее уплаты в этом размере.

Что касается первого условия, то выражение об очевидном несоответствии размера, как представляется, тождественно по смыслу выражению о явной несоразмерности, поскольку слова «явный» и «очевидный» являются синонимами. Поэтому данное условие можно считать совпадающим с ранее предусмотренным в арбитражной практике.

¹ См. абз. 4 п. 9 Постановления № 16.

² См. <https://www.youtube.com/watch?v=mf9wU8wD3js>.

Вместо условия о слабой стороне Пленум вводит другое условие — о заведомо недобросовестном требовании в оплате. Таким образом, получается, что если обязанной к соответствующей оплате является сторона, которая не может быть отнесена к слабой стороне, снижение или отказ во взыскании платы все равно возможны. Действительно, в текущей судебной практике можно обнаружить такие примеры, когда при отсутствии слабой стороны в обязательстве соразмерность размера платы за отказ от договора может обсуждаться судом¹. Если согласиться с тем, что плата за отказ от договора является своего рода эманацией убытков или аналогом заранее согласованных убытков (*liquidated damages, pauschalierter Schadensersatz*), то наличие или отсутствие слабой стороны не имеет юридического значения. При таком подходе согласованная заранее плата всего лишь переносит бремя доказывания размера убытков на сторону, обязанную к ее уплате, через доказывание очевидного несоответствия размера этой платы потерям управомоченной на получение платы стороны. Однако институт заранее согласованных убытков пока не воспринят в российском праве ни на уровне закона, ни в судебной практике.

Анализ структуры рассматриваемого разъяснения свидетельствует, что для обсуждения отказа во взыскании полностью или в части соответствующей платы необходимо именно одновременное наличие обоих условий. Это следует из того, что к суждению об очевидном несоответствии размера платы через добавление союза «а также» присоединяется суждение о заведомо недобросовестном осуществлении права, и это все вместе именуется исключительным случаем, а не случаями.

Следовательно, в предмет доказывания по спору о рассматриваемой плате входит указанное заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере. Вернувшись к приведенному выше примеру, достаточно сложно помыслить, что еще должен доказать арендатор, кроме того, что у арендодателя и вовсе нет никаких потерь, а потому плата за отказ от договора тотально несоразмерна. Надо сказать, что требование о полной уплате соответствующей согласованной сторонами суммы в условиях, когда размер потерь очевидно ей несоразмерен, уже является заведомо недобросовестным осуществлением права и ничего более доказывать здесь нет необходимости. Возможно, это добавление о заведомой недобросовестности сделано

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058. См. также п. 20 Обзора судебной практики ВС № 4 (2017) (утв. Президиумом ВС 15 ноября 2017 г.).

в дидактических целях, чтобы предотвратить избыточно широкое вмешательство суда в частные отношения и не подрывать принцип свободы договора, а также связующую силу обязательства платежа. С этими же целями основания для отказа во взыскании платы полностью или в части названы исключительным случаем.

(з) Если в арбитражной практике разъяснение трактовало о непризнании судом несправедливого условия о плате за отказ от договора, то Пленум подходит к данному вопросу более филигранно. Смотри по обстоятельствам, во взыскании платы может быть отказано **полностью или частично**.

Также можно усмотреть еще одно различие, поскольку более раннее разъяснение оперировало понятием одностороннего отказа от договора, а рассматриваемое разъяснение обоснованно расширяет фокус его действия, охватывая как односторонний отказ от обязательства, так и его одностороннее изменение.

Если в арбитражной практике предлагалось определять соразмерность платы с потерями другой стороны, то Пленум, видимо, считает необходимым смотреть на этот вопрос шире, оперируя понятием **неблагоприятных последствий**. Однако конкретизация этой широты пока непонятна, ибо названное понятие не раскрыто. ГК использует понятие неблагоприятных последствий для определения права на иск об оспаривании сделки (абз. 2 п. 2 ст. 166 ГК), существенные неблагоприятные последствия определяют право оспаривания решения собрания (п. 4 ст. 181.4 ГК), иные неблагоприятные последствия для залогодателя упоминаются наряду с досрочным возвратом кредита (абз. 2 п. 2 ст. 340 ГК), а также в контексте изменения обязательства, обеспеченного поручительством (п. 2 ст. 367 ГК), при обозначении риска нового кредитора в связи с отсутствием уведомления должника о переходе права (п. 3 ст. 382 ГК), для возложения на заказчика риска от выполнения его указаний о способе исполнения работы (п. 1 ст. 716 ГК), а также при уведомлении государственного органа правообладателем в отношении сведений о себе (абз. 2 п. 1 ст. 1232 ГК). Даже простое перечисление этих немногих упоминаний данного термина показывает, что все это не помогает в раскрытии понятия неблагоприятных последствий для случая, указанного Пленумом. В этом смысле введение данного понятия влечет соответствующие риски правовой неопределенности в обсуждаемых отношениях сторон, а само понятие еще предстоит наполнить содержанием в практике и доктрине.

(и) Несмотря на то, что законодатель позиционирует плату как предоставление по регулятивному, а не по охранительному обязательству,

нельзя не усмотреть схожести оснований для ее уменьшения — очевидное несоответствие размера неблагоприятным последствиям, основанию для уменьшения неустойки — явная несоразмерность последствия нарушения (п. 1 ст. 333 ГК). Даже если считать, что Пленум намеренно отчасти ушел от применения схожей терминологии, по существу это ничего изменить не может. Оставляя в стороне спекулятивную тему обоснованности или необоснованности столь широкой практики снижения неустойки российскими судами, следует затронуть другой вопрос.

Дело в том, что применительно к уменьшению неустойки судебная практика признает возможность превентивного иска лица, обязанного к уплате явно несоразмерной неустойки¹. Несмотря на всю теоретическую спорность данного подхода, защищаемый интерес обязанного к уплате явно несоразмерной неустойки и обязанного к уплате очевидно несоразмерной платы за соответствующий односторонний отказ дает основания предполагать, что суды и здесь усмотрят допустимость преобразовательного иска. Вместе с тем то, в какой степени выработанные многочисленные правовые позиции о снижении неустойки подлежат применению к случаям частичного отказа в иске в отношении платы за соответствующий отказ, подлежит отдельному анализу, что выходит за границы настоящего комментария.

(к) Поскольку допустимый односторонний отказ от исполнения обязательства или его одностороннее изменение позиционируется законодателем как правомерное действие, то односторонний отказ не может быть квалифицирован в качестве правонарушения. Однако на практике, как уже отмечалось в комментарии к предыдущему пункту, недостаточно профессионально подготовленные стороны иногда формулируют такое секундарное право в договоре, но снабжают его вместо условия о плате условием о неустойке. Это влечет когнитивный диссонанс, поскольку неустойка является ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, а односторонний отказ, предусмотренный законом, иным правовым актом или договором, — действие правомерное. В судебной практике имеются примеры верного устранения внутреннего противоречия подобных условий договора. В сущности, судьи исходят из того, что согласование сторонами договора аренды платы за реализацию арендатором права

¹ См. определения СКГД ВС от 21 марта 2017 г. № 51-КГ17-2; СКЭС ВС от 20 мая 2020 г. № 305-ЭС19-25950; п. 20 Обзора судебной практики ВС № 3 (2020) (утв. Президиумом ВС 25 ноября 2020 г.).

на немотивированный отказ от договора является правомерным, несмотря на то, что стороны обозначили такую плату в качестве штрафа¹.

17. По общему правилу кредитор вправе не принимать исполнение обязательства по частям (статья 311 ГК РФ).

Такая обязанность может быть предусмотрена законом, иными правовыми актами, условиями обязательства, а также вытекать из обычаев или существа обязательства. В частности, из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части.

Делимость предмета обязательства сама по себе не создает обязанности кредитора принять исполнение по частям.

(а) Исполнение обязательства доставляет кредитору то благо, которое является предметом действий должника. Множество обязательств имеют количественную характеристику, т.е. размер, как то: количество денег, товаров, вещей, этапов выполнения работ и т.п. Чаще всего, особенно по относительно простым обязательствам, исполнение которых предполагает одно действие должника, кредитор рассчитывает получить предоставление во всей его целостности, т.е. сполна. Нередко частичное исполнение обязательства либо вообще не имеет никакой ценности для кредитора, либо не может удовлетворить его потребности, не достигнув всей полноты. Иными словами, наиболее распространенная потребность кредитора сводится к его интересу получить от должника все и сразу.

Не так уж часто условия обязательства по предоставлению или его существо однозначно предопределяют готовность кредитора принимать исполнение исключительно целиком и никак иначе. Кредитор может вполне удовлетвориться исполнением обязательства по частям. Было бы противно интересам сторон установить жесткое правило, что всякое исполнение по обязательству, не предусматривающее частичное исполнение, не должно приниматься кредитором. Это неразумно, и поэтому общее правило отдает на усмотрение кредитора решение о том, принимать ли ему частичное предоставление по обязательству, не предусматривающему такой модус его исполнения, или нет. Согласно ст. 311 ГК кредитор **вправе не принимать** исполнения обязательства

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058. См. также п. 20 Обзора судебной практики ВС № 4 (2017) (утв. Президиумом ВС 15 ноября 2017 г.).

по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев или существа обязательства.

(б) Хотя приведенная выше норма достаточно лаконична, Пленум расчленяет ее надвое и первую часть излагает в абз. 1, а вторую часть – в первом предложении абз. 2. Какой смысл в этой юридической вивисекции, понять затруднительно, поскольку простое рассечение нормы, хотя бы и посвященной частичному исполнению, на две части никакого нового знания дать не может. Короткая память обычно в состоянии «схватывать» предложение длиной до 22 слов. В ст. 311 ГК всего одно предложение, состоящее из 26 слов. Однако трудно предположить, что разработчики анализируемого текста строго следовали юридической технике с ее правилом о так называемых длиннотах, поскольку они и сами его не соблюдали. Да и российские юристы настолько натренированы нашей «совершенной» законодательной юридической техникой, что легко могут осилить четыре лишних слова, ибо они способны и на значительно большее.

Таким образом, абз. 1 комментируемого пункта никакого разъяснения не содержит, равно как и первое предложение абз. 2.

(в) Зато второе предложение абз. 2 восполняет сторицей пустоту смыслов предыдущих фрагментов. Другое дело, имело ли смысл так делать. Из **существа денежного обязательства** Пленум выводит общее правило, обратное предусмотренному нормой закона: кредитор **не вправе отказаться** от принятия исполнения такого обязательства в части.

Что в существе денежного обязательства наряду с другими объективно делимыми обязательствами обнаружилось такого, чтобы изменить общее законодательное правило, предположить затруднительно. Истории российского права, равно как и законодательства, феномен делимости денежного обязательства известен исстари, однако никогда не обнаруживалось необходимости отвергнуть интерес кредитора в получении целого платежа и лишить его права не принимать частичные платежи.

Возможно, данное разъяснение мотивировано опасением, что кредиторы могут злоупотреблять своим правом и без всяких на то причин не принимать частичные платежи от должников. Но есть ли практическая почва для таких опасений? Такой кардинальный разворот нормы закона, может, и был бы оправдан, если бы на практике наблюдался массовый отказ кредиторов от принятия частичных платежей, что влекло для должников крайне неблагоприятные последствия. Но ничего подобного не наблюдается. Если на практике и обнаруживаются

такие случаи, когда без всякого к тому интереса кредитор не принимает частичный платеж, дабы навредить должнику, то с этим легко справляется принцип добросовестности.

(г) Надо признать, что никаких драматических последствий от рассматриваемого разъяснения случиться не может, поскольку кредитор естественным образом мотивирован в большинстве случаев не отказываться от принятия частичного платежа. Это объясняется тем простым обстоятельством, что принятие частичного платежа уменьшает риск кредитора в получении исполнения, а также обычно не влечет существенных издержек, особенно при безналичных расчетах. Некоторые неудобства счетоводства едва ли подвигнут кредитора не пополнять свое имущество частичным исполнением и снизить риск ради большего удобства в отслеживании динамики погашаемого долга. Но это как раз является аргументом для того, чтобы не менять общего правила.

В некоторых случаях, конечно, такой поворот в практике может сослужить недобрую службу для кредитора. Когда, скажем, речь идет о наличных расчетах между гражданами, кредитор может быть вынужден нести расходы по неоднократному посещению должника по его месту жительства. Действия по получению исполнения от должника являются кредиторской обязанностью. Согласно разъяснению самого Пленума (абз. 2 п. 9 Постановления) такие расходы ложатся на кредитора. При этом возникнет вопрос, как комментируемое разъяснение соотносится с суждением Пленума о возложении дополнительных издержек кредитора по принятию исполнения, вызванных действиями должника, на последнего. Ведь из существа денежного обязательства выводится право должника исполнять его по частям. Поэтому получается, что дополнительные издержки кредитора вызваны действиями Пленума или этим загадочным существом, а не действиями должника. Однако это все не очень актуально, поскольку по общему правилу обязательства по уплате наличных денег исполняются по месту жительства кредитора, а потому обозначенные неудобства могут иметь место только при изменении названного диспозитивного правила п. 1 ст. 316 ГК.

Конечно, не составит труда продолжить перечень примеров, когда это нововведение может приводить к нарушению прав и законных интересов кредитора, но в этом нет большого практического смысла. Остается надеяться, что упоминание Пленума о том, что его суждение является лишь **общим правилом**, позволит судам адаптировать это разъяснение к таким случаям, не допустив несправедливого решения.

Впрочем, справедливости ради надо сказать, что текущая практика самого ВС обнаруживает случаи применения рассматриваемого разъяс-

яснения (причем к оспариваемому судебному акту, вынесенному еще до принятия комментируемого Постановления). Правда, как это видно из мотивировочной части, суд вполне справился бы и без этого разъяснения, применив принцип добросовестности, что и было им сделано¹. Описанные судом обстоятельства казуса, по нашему мнению, действительно являются вопиющим нарушением принципа добросовестности.

(д) В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта Пленум формулирует постулат о том, что сама по себе **делимость** предмета обязательства не означает, что кредитор обязан принимать исполнение по частям. Это логически следует из ст. 311 ГК, поскольку обратное означало бы ненужность самой нормы. Объективно неделимое предоставление не может быть осуществлено по частям. Именно возможность исполнения по частям и ставит необходимость выведения общего правила на случай, когда вследствие этой делимости должник исполняет обязательство по частям. Иными словами, ст. 311 ГК посвящена только объективно делимым обязательствам, а для неделимого предоставления она не нужна.

В данном абзаце Пленум опять прибегает к понятию **предмета обязательства** (см. п. «г» комментария к п. 1 Постановления). Поскольку разъяснение соединяет это понятие с делимостью, это лишний раз подтверждает представление о том, что понятие предмета обязательства не должно пониматься так, как оно используется в ГК, т.е. только в отношении вещи. Предметом обязательства являются задолженные действия должника. Делимость предмета обязательства означает, что обязательство объективно может быть исполнено совершением должником не одного, а нескольких действий.

(е) В ст. 311 ГК можно усмотреть некоторый недостаток, который Пленум не посчитал нужным исправить своим толкованием. Дело в том, что содержащийся там перечень источников, способных изменить общее правило, представляется неполным. Этот перечень состоит из пяти источников: 1) закон; 2) иной правовой акт; 3) условия обязательства; 4) обычай; 5) существо обязательства.

Модус исполнения вообще и вопрос исполнения обязательства по частям в особенности нуждаются в уважении правопорядком, исходя из **практики, установившейся во взаимоотношениях сторон**. Достаточно часто можно наблюдать такую картину, когда ни один из названных

¹ См.: Определение СКГД ВС от 30 мая 2017 г. № 4-КГ17-20; п. 15 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг (утв. Президиумом ВС 27 сентября 2017 г.).

источников не предусматривает исполнения обязательства по частям, но в отношениях сторон сложилась уже такая практика, когда должник осуществляет предоставление по частям, а кредитор его принимает и не прибегает к своему праву не принимать частичного исполнения. Должник полагается на такое поведение кредитора, которое свидетельствует о его согласии на частичное исполнение, хотя оно никоим образом не формализовано юридически. Понятно, что обоснованные ожидания должника на продолжение сложившейся практики порядка исполнения обязательства были бы разрушены, если бы кредитор вдруг отказался принимать очередную часть исполнения. Недопустимость такого действия легко обосновывается принципом *venire contra factum proprium non valet* (он же эстоппель).

(ж) Если в следующем пункте Постановления Пленум в отношении ст. 312 ГК указывает на то, что должник не считается просрочившим в соответствующем случае, то в отношении ст. 311 ГК этого не делается. Соседство этих разъяснений с таким методологическим различием не должно вводить в заблуждение. Кредитор, правомерно отказывающийся принимать исполнение по частям, также **не считается просрочившим**, поскольку он действует в своем праве.

18. Если иное не предусмотрено соглашением сторон и не вытекает из обычаев или существа обязательства, должник вправе при исполнении обязательства потребовать доказательств того, что исполнение принимается самим кредитором или уполномоченным им на это лицом, и несет риск последствий непредъявления такого требования (пункт 1 статьи 312 ГК РФ).

Должник не считается просрочившим в случае отказа от исполнения обязательства до получения подтверждения того, что исполнение принимается надлежащим лицом (статья 406 ГК РФ).

(а) Из легального определения обязательства буквально следует, что обязательство исполняется в пользу кредитора. Чтобы послужить к пользе кредитора, предоставление должно попасть к кредитору или к уполномоченному им лицу. Если должник совершил задолженное действие, но не в пользу кредитора, а постороннему лицу, то кредитор от этого никакой пользы не получает.

В области свободного действия неизбежен риск исполнения обязательства ненадлежащему лицу. Правопорядок возлагает риск негативных последствий наступления этого обстоятельства на должника (п. 1 ст. 312 ГК), поскольку только он, взаимодействуя с получателем исполнения, способен предотвратить этот риск. Когда исполнение

производится неуправомоченному лицу, кредитор обычно при этом не присутствует и не имеет никаких средств это предотвратить. Должник не только юридически, но и зачастую фактически находится ближе к источнику риска, что рационализирует возложение усилий по предотвращению последнего на должника.

Возложив риск исполнения обязательства неуправомоченному лицу на должника, право должно снабдить его юридическими средствами предотвращения негативных последствий данного риска, иначе он бы оказался совершенно беспомощным перед лицом случая или коварства. Поэтому согласно п. 1 ст. 312 ГК должник вправе при исполнении обязательства потребовать доказательства того, что исполнение принимается самим кредитором или управомоченным им на это лицом, и несет риск последствий непредъявления такого требования.

Из буквального смысла данной нормы следует, что должник несет риск последствий непредъявления такого требования. Из этого можно было бы сделать вывод, что должнику достаточно предъявить такое требование и в дальнейшем он не несет риска, даже если получатель исполнения являлся неуправомоченным. Но такое толкование очевидно негодно, поскольку расходится со здравым смыслом. Поэтому подлинный принцип сводится к тому, что должник несет **риск исполнения ненадлежащему лицу**.

Исполнение обязательства ненадлежащему лицу не влечет прекращения обязательства должника¹.

(б) Абзац 1 комментируемого пункта представляет собой абсолютно точную цитату п. 1 ст. 312 ГК. Никакого разъяснения он не содержит, а потому и комментировать тут нечего.

(в) Наделив должника правом потребовать доказательства того, что исполнение принимается самим кредитором или управомоченным им на это лицом, закон не предусмотрел общих последствий неисполнения этого требования. Видимо, законодатель полагался на здравый смысл правоприменителя, поскольку ясно, что неисполнение данного требования повышает риск исполнения ненадлежащему лицу, и должник вправе не производить исполнение такому лицу.

Пленум, обозначая такое право должника, оперирует понятием **отказа от исполнения обязательства**. Этот отказ следует отличать от того правомерного отказа от исполнения обязательства, который, согласно п. 2, 3 ст. 310 ГК и разъяснениям Пленума (п. 13, абз. 1 п. 16 Постановления), влечет прекращение обязательства. Данный вывод следует,

¹ См.: Определение СКГД ВС от 12 июля 2011 г. № 23-В11-2.

в частности, из указания Пленума на то, что должник вправе отказаться от исполнения обязательства **до получения подтверждения** того, что исполнение принимается надлежащим лицом. Выходит, что это временный отказ, который сам по себе ремиссионного эффекта не влечет.

Получение указанного подтверждения не является неизбежным событием, представляя собой действие лица, совершение которого никогда не представляет случая, наступающего с неизбежностью. Поэтому после временного отказа (по существу, приостановления исполнения) дальнейшее течение времени может давать должнику право окончательно отказаться от исполнения обязательства и потребовать возмещения убытков. Сложность заключается в том, что это наше утверждение не находит буквальной опоры в законе.

Подтверждение правомочий на получение исполнения должно относиться к кредиторским обязанностям. Неисполнение кредиторской обязанности влечет просрочку кредитора. Согласно п. 2 ст. 406 ГК просрочка кредитора дает должнику право на возмещение причиненных просрочкой убытков, если кредитор не докажет, что просрочка произошла по обстоятельствам, за которые ни он сам, ни те лица, на которых в силу закона, иных правовых актов или поручения кредитора было возложено принятие исполнения, не отвечают. В соответствии с п. 3 той же статьи по денежному обязательству должник не обязан платить проценты за время просрочки кредитора. Право на отказ от обязательства законом не установлено, но должно выводиться из его смысла, поскольку абсолютно невозможно оставить должника вечно обязанным. По общему правилу в случае существенной просрочки кредитора должник вправе отказаться от обязательства и потребовать возмещения убытков. Этот вывод косвенно можно вывести из абз. 1 п. 23 Постановления, несмотря на всю сложность выявления истинного смысла содержащегося в нем разъяснения.

(г) Еще одно последствие неисполнения требования должника о подтверждении правомочий Пленум обозначает через указание на то, что **должник не считается просрочившим**. Ясно, что в соответствующих случаях календарная просрочка фактически имеет место, но юридически фингируется ее отсутствие.

Правило о просрочке должника установлено ст. 405 ГК, а не ст. 406 ГК, на которую имеется ссылка в разъяснении. Однако едва ли это является опечаткой. Возможно, тем самым Пленум обозначает, что должник не находится в просрочке, поскольку кредитор находится в просрочке. Хотя, казалось бы, точнее было бы сослаться на п. 3 ст. 405 ГК, где прямо указано, что должник не считается просрочив-

шим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора. Но ссылка Пленума именно на ст. 406 ГК в абз. 2 комментируемого пункта для нормативного обоснования сделанного там суждения имеет важное значение, поскольку свидетельствует о ее расширительном толковании. По буквальному смыслу п. 1 ст. 406 и п. 2 ст. 408 ГК, к которому отсылает абз. 2 п. 1 ст. 406 ГК, просрочка кредитора для описанного случая не усматривается. Просрочка кредитора обозначается как несовершение кредитором действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающих из обычаев или из существа обязательства, до совершения которых должник **не мог исполнить** своего обязательства (п. 1 ст. 406 ГК). Ясно, что физически должник мог исполнить свое обязательство и без подтверждения правомочий. Невыдача кредитором расписки или долгового документа (п. 2 ст. 408 ГК) также не тождественна случаю неподтверждения правомочия лица, получающего исполнение. Поэтому теоретически обоснованная правовая позиция Пленума по существу дополняет п. 1 ст. 406 ГК, восполняя пробел закона.

Как указывалось выше, подтверждение правомочий на получение исполнения является кредиторской обязанностью. Поэтому юридико-технически должник имеет право требовать ее исполнения, что и установлено в п. 1 ст. 312 ГК. При неисполнении этой обязанности кредитор считается просрочившим (ст. 406 ГК). Согласно п. 3 ст. 405 ГК должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора. Именно эта ситуация имеет место, когда получатель исполнения не подтверждает своего правомочия.

При этом вывод об отсутствии просрочки должника может быть сделан на общих основаниях в тех случаях, когда приостановление им исполнения ввиду неподтверждения полномочий получателем исполнения укладывается в период, в который должник вправе произвести исполнение. В такой ситуации все события могут не выйти за рамки данного периода, а потому о просрочке должника говорить просто не приходится, поскольку ее нет ни фактически, ни юридически.

Отдельно надо поставить случаи, когда ненадлежащее лицо не подтвердило своих правомочий, а должник не произвел ему исполнение. Это не может считаться просрочкой кредитора, поскольку ненадлежащее лицо не имеет к кредитору никакого отношения. Поэтому в такой ситуации отношения должника и кредитора обсуждаются на общих основаниях, без учета названных фактов, поскольку они не релевантны для них и связаны с взаимодействием должника с посторонним лицом.

(д) Пленум не затронул вопроса о понятии **управомоченного** кредитором лица. Законодатель не случайно использует термин «управомоченное» лицо, а не «уполномоченное». Дело в том, что встречающееся в судебной практике суждение о том, что п. 1 ст. 312 ГК закреплены гарантии прав должника в случае, если кредитор выступает в гражданских правоотношениях не лично, а через представителя¹, является не вполне точным, а вернее — не вполне полным представлением о надлежащем для получения исполнения лице. Оно не всегда является представителем кредитора в точном значении этого термина.

Управомоченным, например, следует считать третье лицо по договору в пользу такого лица (ст. 430 ГК), цедента, не уведомившего должника о переходе права и получившего от него исполнение (п. 3 ст. 382 ГК). В другом своем разъяснении Пленум касается этого аспекта на примере частного случая. Если уведомление об уступке направлено должнику первоначальным кредитором, то по смыслу абз. 2 п. 1 ст. 385, п. 1 ст. 312 ГК исполнение, совершенное должником в пользу указанного в уведомлении нового кредитора, по общему правилу **считается** предоставленным **надлежащему лицу**, в том числе в случае недействительности договора, на основании которого должна была производиться уступка². Понятно, что здесь прибегают к юридической фикции для целей защиты законного интереса должника, ибо надлежащим и управомоченным объявляется лицо, таковым в действительности не являющееся.

Имеются и другие случаи, когда управомоченное лицо не является представителем, но произведенное ему исполнение признается совершенным надлежащему лицу.

19. По смыслу пункта 2 статьи 312 ГК РФ право должника требовать от представителя кредитора подтверждения его полномочий, в частности предъявления доверенности, удостоверенной нотариально, возникает тогда, когда исполнение принимается от имени представляемого лицом, действующим на основании письменного документа, а письменное уполномочие не было представлено непосредственно кредитором должнику и не содержится в договоре между ними.

¹ См., например: Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2018 г. № 308-ЭС18-8991.

² См. абз. 1 п. 20 Постановления от 21.12.2017 № 54. См. также п. 14 информационного письма Президиума ВАС от 30 октября 2007 г. № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Постановление Президиума ВАС от 18 февраля 2014 г. № 14680/13; Определение СКЭС ВС от 28 мая 2018 г. № 306-ЭС17-12245.

Стороны вправе в своем соглашении установить порядок подтверждения полномочий представителя кредитора, например, установить, что при наличии сомнений должник обращается непосредственно к кредитору с требованием оперативно подтвердить полномочия его представителя в простой письменной форме, в том числе в форме электронного документа и иного сообщения, переданного по каналам связи (статьи 165.1, 185.1, 434 ГК РФ). В таком случае полномочия представителя кредитора подтверждаются в предусмотренном сторонами порядке.

В силу специального регулирования должник не вправе требовать нотариально удостоверенной доверенности, в частности, от законного представителя (статьи 26, 28 ГК РФ) и в случае, если полномочия явствуют из обстановки, в которой действует представитель (пункт 1 статьи 182 ГК РФ).

(а) До реформы ГК его ст. 312 не имела пунктов, а ее содержание сводилось к норме, предусмотренной в действующей редакции п. 1 названной статьи.

Согласно нормам гражданского права о представительстве в целом ряде случаев полномочия представителя считаются надлежаще удостоверенными, если соответствующий документ имеет простую письменную форму. Так, например, согласно п. 4 ст. 185.1 ГК доверенность от имени юридического лица выдается за подписью его руководителя или иного лица, уполномоченного на это в соответствии с законом и учредительными документами.

В гражданском обороте, особенно между коммерческими организациями, цена исполнения достигает порой весьма значительных сумм, например, при передаче кредитору (покупателю) оптовых партий дорогостоящих товаров. К сожалению, в нашем обществе еще не изжиты случаи подделки документов, в том числе с преступными целями¹. На практике у должника не всегда имеется возможность тем или иным надежным образом проверить подлинность полномочия представителя кредитора, содержащегося в документе, который совершен в простой письменной форме, например в доверенности. Подпись представляемого на доверенности зачастую слишком проста и может быть легко подделана, поэтому сличение ее, скажем, с образцом подписи в договоре, мало что дает. Кроме того, современные технические средства позволяют подделать подпись любой сложности. При всем при этом

¹ См., например, постановления Президиума ВАС от 6 апреля 1999 г. № 7773/98; от 19 апреля 2002 г. № 3581/98.

сама доверенность в простой письменной форме формально-юридически является надлежащей.

Учитывая указанное положение дел, в соответствующих случаях на должника возлагался колоссальный риск, а сам он оказывался перед сложной дилеммой. Если обязанное лицо усомнится в подлинности доверенности и не произведет исполнение, а доверенность окажется подлинной, должник впадает в просрочку. Если он произведет исполнение, а доверенность окажется поддельной, он не освободится от долга, утратив свое имущество. Конечно, можно было бы поставить в упрек самому должнику, что он не оказался настолько предусмотрительным, чтобы позаботиться о своих рисках заранее и не настоял на включении в договор тех или иных условий, снижающих эти риски. Но не очевидно, что правопорядок должен проявлять такую строгость, ибо ее цена для общества и для экономики может оказаться достаточно высокой. Кроме того, хотя само представительство и стало обыденным явлением, все же не стоит забывать, что это своего рода льгота для представляемого, «расширяющего свою личность» в своем интересе, что не должно критически увеличивать риски для гражданского оборота, в котором он не желает участвовать лично.

Со временем надежность подтверждения подлинности полномочий наверняка будет решена и отчасти уже решается техническими средствами, но пока этого окончательно не произошло, следовало отыскать компромиссный вариант. Законодатель увидел его в том, чтобы предоставить должнику право, за рядом исключений, потребовать нотариального подтверждения полномочий, а до этого не исполнять обязательство.

Согласно п. 2 ст. 312 ГК, если представитель кредитора действует на основании полномочий, содержащихся в документе, который совершен в простой письменной форме, должник вправе не исполнять обязательство данному представителю до получения подтверждения его полномочий от представляемого, в частности, до предъявления представителем доверенности, удостоверенной нотариально, за исключением случаев, указанных в законе, либо случаев, когда письменное уполномочие было представлено кредитором непосредственно должнику (п. 3 ст. 185) или когда полномочия представителя кредитора содержатся в договоре между кредитором и должником (п. 4 ст. 185).

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум, судя по всему, излагает содержание п. 2 ст. 312 ГК, переиначивая его на свой лад. Указание на то, что приводимое суждение извлекается **из смысла** п. 2 ст. 312 ГК, побуждает к отысканию чего-то нового по сравнению с буквальным

значением нормы. Однако обнаружить там какие-то новые смыслы, помимо заложенных в самой норме, пока не удастся. Зато обнаруживается выпадение некоторых фрагментов, что подлежит анализу.

Требование о подтверждении полномочий в нотариальной форме имеет ряд исключений, одно из которых весьма общего характера. Должник вправе предъявлять названное требование, за исключением случаев, указанных в законе. В абз. 2 это не указывается, возможно, потому, что Пленум полагает этот случай охваченным последним абзацем комментируемого пункта.

Изложение двух других исключений, блокирующих соответствующее требование должника, утратило в тексте разъяснения ссылки на соответствующие нормы, что, конечно же, некритично.

Кроме того, рассматриваемый абзац разъяснения, как и весь пункт в целом, по сравнению с законом не содержит указания на право должника не исполнять обязательство данному представителю до получения подтверждения его полномочий от представляемого. Возможно, это связано с тем, что Пленум полагает этот вопрос решенным общим образом в предыдущем пункте, где упоминается отказ должника от исполнения. Это нужно учитывать, так как из текста разъяснения буквально следует, что в соответствующих случаях у должника возникает требование подтвердить полномочие, а в исключении из этих случаев такое требование не возникает. Но когда имеются основания для применения названных законом и Пленумом исключений, у должника не только не возникает названного требования, но он обязан исполнять обязательство.

Разъяснение Пленума по внешней видимости выводится из смысла п. 2 ст. 312 ГК, но, несмотря на изложение нормы иным образом, судя по всему, оно ей соответствует, если допустить, что сделанные нами выше предположения верны. Пленум просто сосредоточивается на условиях возникновения права должника требовать подтверждения полномочий, каковых усматривается всего три: 1) предъявлены полномочия, содержащиеся в письменном документе; 2) письменное полномочие не было представлено непосредственно кредитором должнику; 3) полномочие не содержится в договоре между ними.

Таким образом, проведенный разбор текста показывает, что ничего нового по сравнению с законом в абз. 2 не содержится, т.е. никакого разъяснения там не имеется, за исключением, пожалуй, одного нюанса, описанного в следующем пункте комментария.

(в) Как из нормы закона, так и из разъяснения Пленума следует, что право должника не исполнять обязательство до предъявления

представителем доверенности, удостоверенной нотариально, является частным случаем общего права должника не исполнять обязательство до подтверждения полномочий представляемого. Пленум обнаруживает, видимо, как раз в смысле п. 2 ст. 312 ГК право должника требовать подтверждения полномочий, хотя на самом деле оно прямо названо в п. 1 данной статьи. Он указывает на право должника требовать **от представителя кредитора** подтверждения его полномочий. Тут можно усмотреть некоторую неточность в разъяснении, поскольку закон не говорит о праве требовать этого именно или непременно от представителя. Это следует учитывать, поскольку ровно такое же требование должник может адресовать и непосредственно представляемому.

Но следует отметить и другой аспект, а именно насколько предъявленные должником **требования** обязательны для представляемого. Есть основания полагать, что должник не вправе возлагать на представляемого, впрочем, как и на представителя, какие-то обременения на основании данной нормы, на которые они не соглашались. Представляемый не обязан подтверждать полномочия тем способом, на который указывает должник. Иными словами, предъявлять требование о подтверждении полномочий представителя тем или иным образом он, конечно, может, но представляемый волен игнорировать их, снабдив представителя именно нотариально удостоверенной доверенностью. Также представляемый вправе лично явиться к должнику и подтвердить полномочия представителя документом в простой письменной форме. Должник не вправе противиться этим двум видам подтверждения полномочий и настаивать на обязательном выполнении его требования по подтверждению полномочий каким-то иным образом. Поэтому более точно говорить не о требовании должника, но о его материальной дилаторной эксцепции, т.е. о праве на возражение, которым как раз отклоняется требование произвести исполнение представителю кредитора, а **должник вправе не исполнять** обязательство до получения подтверждения его полномочий.

Возможно, Пленум обнаружил это требование должника, не упомянутое в п. 2 ст. 312 ГК, чтобы он «не играл в молчанку», не исполняя обязательство, но и не объясняя, почему он так поступает. Но тогда надо говорить об обязанности предъявить требование, чего не усматривается. Если действительно имеются опасения в таком неконструктивном поведении должника, решение находится, если обратиться к принципу добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК) в части обязанности содействовать в достижении цели обязательства и предоставлять необходимую информацию. Это как раз может обосновать обнаруже-

ние обязанности должника в предоставлении представляемому и его представителю с простыми письменными полномочиями информации о причинах приостановления исполнения.

Важно принимать во внимание, что названному в п. 1 ст. 312 ГК, равно как обнаруженному в п. 2 этой статьи Пленумом требованию должника корреспондируют кредиторские обязанности, которые, как известно, обладают своей спецификой. Эти требования должника не представляют собой притязания, а обязанности кредитора не являются его долгами. Поэтому принудительная реализация требования должника не может иметь места. Для обсуждаемых разновидностей кредиторских обязанностей это особенно очевидно. Судебное признание кредитора к выдаче своему представителю нотариальной доверенности — это *nonsense*. Да этого и не нужно, поскольку право на приостановление исполнения в достаточной степени защищает интерес должника.

(г) Взвнявшись выявлять смыслы п. 2 ст. 312 ГК, Пленум тем не менее прошел мимо одного актуального вопроса, ответ на который требует расширительного толкования названной нормы.

Активное развитие компетенций и других функций института нотариата привело к появлению у участников гражданского оборота новых возможностей проверки полномочий представителей. В частности, на сайте Федеральной нотариальной палаты появился сервис по **проверке реквизитов выданных нотариальных доверенностей** (<https://www.geestr-dover.ru/>). Однако отсутствие реквизитов нотариальной доверенности в единой информационной системе нотариата не является основанием для признания такой доверенности ничтожной, поскольку для этого не имеется правового основания. Следовательно, должник при исполнении обязательства может столкнуться с таким случаем, когда нотариально оформленная доверенность представителя кредитора не отражена в названной системе.

Формально-юридически данная ситуация не подпадает под гипотезу п. 2 ст. 312 ГК, поскольку она охватывает только случаи, когда представитель кредитора действует на основании полномочий, содержащихся в документе, который совершен в простой письменной форме. Целью законодателя при установлении данной нормы было снижение соответствующих рисков должника. В данном случае он подвергается не меньшему, а, может быть, даже большему риску. Поэтому имеются основания для расширительного толкования этой нормы. Если представитель кредитора действует на основании полномочий, содержащихся в нотариально удостоверенном документе, сведения о котором

отсутствуют в единой информационной системе нотариата, должник вправе не исполнять обязательство данному представителю до получения подтверждения его полномочий от представляемого, в частности, до включения соответствующих сведений в названную систему.

Поскольку пока такого толкования в судебной практике не имеется, должникам следует озаботиться снижением своих рисков договорным способом, включая подобное условие в соглашение с кредитором.

(д) Названные в п. 2 ст. 312 ГК случаи, исключающие право должника потребовать подтверждения полномочий представителя, Пленум перечисляет, но никаких разъяснений в их отношении не формулирует.

Данные исключения установлены законодателем в связи с тем, что соответствующий риск у должника не возникает. Помимо отсылочной нормы в отношении исключающих общее правило случаев, предусмотренных законом, норма содержит два прямо поименованных случая.

Первое исключение относится к случаю, предусмотренному п. 3 ст. 185 ГК, согласно которому письменное уполномочие на совершение сделки представителем может быть представлено представляемым непосредственно соответствующему третьему лицу, которое вправе удостовериться в личности представляемого и сделать об этом отметку на документе, подтверждающем полномочия представителя.

Некоторые затруднения в усвоении его смысла иногда возникают в отношении той его части, которая трактует о праве должника удостовериться в личности представляемого и учинении соответствующей отметки.

Что касается личности представляемого в адаптации этого правила со ст. 312 ГК, то можно считать, что это вытекает из общего правила, согласно которому должник вправе потребовать доказательства того, что исполнение принимается самим кредитором. Данное положение можно понимать в том смысле, что должник вправе удостовериться, что представляемый действительно является его кредитором. И в самом деле, если письменное полномочие представлено должнику, но это сделано не кредитором, а ненадлежащим лицом, то такое полномочие также является ненадлежащим.

Что касается отметки должника, то это не более чем пожелание законодателя по фиксации результата удостоверения личности представляемого, причем не самое практичное. Должнику следует озаботиться не этой отметкой, а наличием у него доказательств, что письменное полномочие представителя выдано самим кредитором. Например, если речь идет о полномочии, выданном юридическим лицом, то на письменном документе о полномочиях представителя должна иметься

подпись лица, которое значится полномочным органом юридического лица в соответствующем государственном реестре. Когда письменное полномочие выдается гражданином, на таком документе достаточно его подписи.

Если указанные выше условия соблюдены, отсутствие какой бы то ни было отметки самого должника никакого юридического значения не имеет, поскольку в этом нет никакого смысла. Должник может учинять какие угодно отметки, но это ничего не подтверждает, кроме того, что отметка сделана самим должником.

Второе исключение относится к одному из случаев, предусмотренных п. 4 ст. 185 ГК. Речь идет о ситуации, когда полномочия представителя содержатся в договоре между кредитором и должником. Здесь не имеется тех рисков, которые могли бы быть устранены предоставлением нотариальной доверенности. Кредитор не вправе считать, что исполнение получено неуправомоченным лицом, поскольку он сам, заключая договор, уполномочил его.

К этому надо добавить, что названные исключения не срабатывают, если в письменном уполномочии, представленном самим кредитором, равно как в договоре между кредитором и должником, значится одно лицо, а за исполнением обращается другое лицо, чьи полномочия не удостоверены нотариально оформленным документом. В таком случае действует общее правило: должник вправе не исполнять обязательство данному представителю до получения подтверждения его полномочий от представляемого. При этом должник не вправе приостановить исполнение только по тому основанию, что от имени представляемого действует иной представитель, нежели первоначально уполномоченный, если полномочия этого иного представителя подтверждены должным образом.

(е) В первоначальном проекте Постановления абз. 2 комментируемого пункта выглядел иначе. Там устанавливалось, что предусмотренное данной нормой право требовать предоставления доверенности, удостоверенной нотариально, может быть исключено соглашением сторон. В действующем Постановлении постулируется допустимость установления договором альтернативного порядка подтверждения полномочий представителя кредитора.

Такое положение дел порождает неопределенность, а при повторном рассмотрении проекта Постановления **пределы диспозитивности** п. 2 ст. 312 ГК прояснены не были¹. Может создаваться впечатление, что

¹ См. <https://www.youtube.com/watch?v=nlxzGrGwBb8>.

в процессе проектирования правовой позиции допустимость полного исключения действия п. 2 ст. 312 ГК соглашением сторон была отброшена, а норма истолкована как ограниченно диспозитивная. В таком понимании стороны вправе лишь установить тот или иной альтернативный порядок подтверждения полномочия представителя кредитора.

До прояснения этого вопроса участникам гражданского оборота следует отдавать предпочтение альтернативному методу, нежели исключать действие п. 2 ст. 312 ГК, чтобы снизить юридические риски неопределенности. Сделать это будет несложно, поскольку описанный Пленумом вариант позиционируется лишь как пример такой альтернативы.

(ж) В абз. 2 Пленум допускает альтернативный договорный метод подтверждения полномочий представителя кредитора, который в таком случае исключает действие п. 2 ст. 312 ГК.

Кроме того, Пленум дает своего рода подсказку участникам оборота, приводя пример такой договоренности. Она сводится к тому, что при наличии сомнений у должника он обращается к кредитору с требованием оперативно подтвердить полномочия его представителя одним из трех способов: 1) в простой письменной форме; 2) в форме электронного документа; 3) в виде иного сообщения, переданного по каналам связи.

Нормативное обоснование, которое приводит Пленум, состоит из трех статей ГК.

Первой из них является ст. 165.1 ГК, посвященная юридически значимым сообщениям. Сама по себе эта норма не может служить нормативным обоснованием сделанного в абз. 2 разъяснения суждения. Она лишь определяет, когда по общему правилу соответствующее сообщение считается доставленным и, соответственно, когда наступают соответствующие юридические последствия. Поэтому до конца не ясно, для чего она приводится, и форму подтверждения полномочий она не определяет. Разве что Пленум, ссылаясь на эту норму, имел в виду указать, что описанная им коммуникация должника и кредитора подчиняется этой норме, что, впрочем, очевидно.

Второй статьей, обосновывающей сделанное разъяснение, является ст. 185.1 ГК, посвященная удостоверению доверенностей, положения которой тоже оказывается непросто приладить к сделанному суждению, поскольку кажется, что ни одна из ее норм к абз. 2 комментируемого пункта просто не подходит.

Наконец, третьей статьей является ст. 434 ГК, посвященная форме договора, которая также не вполне релевантна тексту. Возможно,

имелся в виду ее п. 2, согласно которому договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа (в том числе электронного), подписанного сторонами, или обмена письмами, телеграммами, электронными документами либо иными данными в соответствии с правилами абз. 2 п. 1 ст. 160 Кодекса. Только в этой норме обнаруживается хотя бы какое-то совпадение с текстом, поскольку имеется упоминание об электронном документе, а в ее редакции, действовавшей на момент принятия Постановления, — также упоминание о каналах связи. Остальные положения названной статьи не имеют никакого отношения к абз. 2 комментируемого пункта.

Несмотря на сложности с нормативным обоснованием, сама по себе допустимость альтернативного договорного метода сомнений не вызывает, поэтому стороны могут положиться на его использование.

(3) В приведенном Пленумом примере альтернативного порядка можно усмотреть, что он подлежит применению **при наличии сомнений** у должника. Из контекста ясно, что речь идет о сомнениях в подлинности полномочий представителя. Наличие сомнений должника в подлинности полномочий является внутренним фактором ментального состояния должника. Поэтому не очевидно, что включение в договор данного показателя имеет смысл, поскольку из него можно сделать вывод, что соответствующее требование должника, на которое указывает Пленум, обоснованно только в том случае, если он сможет доказать, что у него имеются соответствующие сомнения. Согласно п. 2 ст. 312 ГК защита интереса должника, за исключением названных там случаев, применяется, если представитель кредитора действует на основании документа в простой письменной форме. Этого вполне достаточно, чтобы запустить альтернативный договорный метод проверки полномочий, а на сомнения должника в договоре лучше не ссылаться, так как это вызывает сомнения.

Альтернативный порядок также указывает на требование должника **оперативно** подтвердить полномочия представителя. С одной стороны, обе стороны заинтересованы именно в оперативном подтверждении полномочий, что легко представить себе, вообразив, например, что автотранспорт кредитора стоит в ожидании у склада должника. Но, с другой стороны, кредитору следует оценить, не повредит ли ему такое условие, и, быть может, было бы лучше не использовать этот темпоральный модус действия. Это исключит возможные контрверзы, если кредитор замешкается с подтверждением полномочий. Кредитор и так естественным образом мотивирован действовать поспешно, поскольку он не только не получает причитающегося исполнения, но и сам может впасть в просрочку.

В любом случае пример договорного условия об альтернативном подтверждении полномочий нужно воспринимать лишь как вербализацию самой идеи, а не как готовый текст договорного условия.

На практике альтернативные методы подтверждения права на получение исполнения уже используются. В частности, распространенным методом является снабжение должником кредитора паролем, кодом и т.п., которые предъявляются должнику или используются в технических устройствах, например в постаматах. При этом такие технологии могут подтверждать не только полномочия представителя, но и правомочия самого кредитора.

(и) В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта Пленум дополняет исключения из правила п. 2 ст. 312 ГК о праве должника потребовать представления нотариальной доверенности на основании метода *lex specialis derogat generali*. При этом сама названная норма Кодекса указывает на такое исключение, т.е. отсутствие у должника названного права в случаях, предусмотренных законом. Сложность заключается в том, что в законе может не устанавливаться буквально исключение из правила п. 2 ст. 312 ГК, более того, в ГК этого не встречается вовсе.

В разъяснении указывается, что специальное регулирование может исключать названное право должника, а в качестве частных случаев такого регулирования приводятся положения о (1) **законных представителях** и о (2) представителях, чьи **полномочия явствуют из обстановки**. Ясно, что исключения из общего правила п. 2 ст. 312 ГК в этих нормах буквальным образом не установлены, а выводятся Пленумом из их смысла.

Пленум полагает, что от законного представителя несовершеннолетнего лица в возрасте от 14 до 18 лет (ст. 26 ГК), когда последний является кредитором по обязательству, должник не вправе потребовать нотариальной доверенности. Надо полагать, это означает, что должник обязан произвести исполнение такому представителю с доверенностью в простой письменной форме, удостоверившись, что он является законным представителем (впрочем, ниже представлена иная интерпретация). Для этого, видимо, будет достаточно предъявления паспорта и документа, подтверждающего статус законного представителя (например, свидетельства о рождении, если речь идет о родителях кредитора).

Этот подход, если он действительно имелся в виду, представляется неверным. Дело в том, что если несовершеннолетний является кредитором по обязательству, то он, как и любой кредитор, должен быть защищен от исполнения обязательства ненадлежащему лицу, а риски

должны быть возложены п. 1 ст. 312 ГК на обязанное лицо. Конечно, в описанном Пленумом случае риски в значительной степени уменьшаются, поскольку вряд ли добросовестный законный представитель будет действовать в ущерб представляемому, подделав доверенность. Но тем не менее они не устраняются вовсе, поскольку не все законные представители являются добросовестными. Законный представитель может находиться в конфликте с представляемым и вполне может подделать доверенность. Ведь утверждение о том, что законный представитель никогда не подделает доверенность представляемого, является очевидно ложным.

К сожалению, некоторые законные представители, в том числе из числа родителей представляемого, могут годами вести антисоциальный образ жизни (пьянство, наркомания, игромания и т.п.), сохраняя свой статус законного представителя, и при этом не только пренебрегать содействием правам представляемого, но и нарушать их. Не сложно представить себе случай, что по сделке несовершеннолетнего, не нуждающейся в письменном согласии законного представителя (п. 2 ст. 26 ГК), по доверенности в простой письменной форме законный представитель получит заработок несовершеннолетнего, вознаграждение за использование его исключительного права или вообще вклад несовершеннолетнего в банке. Неужели закон не должен предоставить защиту должнику согласно п. 2 ст. 312 ГК в таких случаях? Если же разработчики этого фрагмента разъяснения считают, что в таких случаях исполнение законному представителю считается надлежащим, то в описанных случаях пострадают права представляемого.

Редакция данного абзаца разъяснения, возможно, допускает иную его интерпретацию. Это связано с тем, что в нем объединены два вида представителей — законные представители и представители, чьи полномочия явствуют из обстановки, тогда как последние действуют без доверенности. Можно предположить, что Пленум исходит из отсутствия необходимости для этих представителей предъявлять хоть какую-то доверенность, а не только нотариальную. Конечно, в таком случае надо было бы сформулировать текст разъяснения иначе, указав, что поскольку данным представителям доверенность не требуется, должник не вправе требовать у них в том числе и нотариальную доверенность. Но тогда получается, что законный представитель может получить исполнение от должника вместо несовершеннолетнего без согласия последнего или даже против его воли. Если это действительно так, то в таком случае личность несовершеннолетних в имущественной сфере совершенно игнорируется, что представляется недопустимым.

Для несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет такой подход полностью игнорирует их право на самостоятельное распоряжение причитающимся по обязательству.

Законные представители таких лиц обладают лишь ограниченными правовыми возможностями по контролю за имущественной сферой несовершеннолетних, которая сводится к даче согласия на совершение сделок, но только не тех, которые несовершеннолетний вправе заключать самостоятельно (п. 2 ст. 26 ГК), а также требовать по суду ограничения или лишения их некоторых прав. Если допустить произвольное вторжение законного представителя в имущественную сферу таких несовершеннолетних, они окажутся в положении подвластного лица, но современная цивилизация давно отошла от института римского *pater familias*, в том числе и в имущественной сфере. Это может привести к совершенно немыслимой эксплуатации, например, родителями своих детей, заработок которых они будут произвольно изымать.

В отношении малолетних (ст. 28 ГК) названные соображения, видимо, пока неактуальны.

Что касается представителя, чьи полномочия явствуют из обстановки, то обычно их полномочия обсуждаются постфактум. На практике чаще всего при исполнении обязательства должник не требует доверенности от такого представителя и производит исполнение, коль скоро его полномочия явствуют из обстановки, т.е. являются очевидными. Классические представители этой категории, названные в законе (кассир, продавец), сильно удивились бы, если бы покупатели в магазине начали требовать у них доверенность.

Сложнее обстоят дела с другими лицами, иными работниками, менеджерами и т.п., когда их полномочия не столь очевидны. В таких случаях, как представляется, должник вправе потребовать доверенность от названных лиц. Считать должника впадшим в просрочку, когда полномочия не так уж и явствуют из обстановки и поэтому он отказывается исполнять обязательство неууправомоченному лицу, недопустимо. Как уже отмечалось, представительство по большому счету есть льгота для кредитора, позволяющая ему не выступать лично перед должником и другими участниками оборота, и поэтому эта льгота не должна заходить так далеко, чтобы угрожать самому гражданскому обороту.

(к) Пленум не коснулся одного тонкого момента, хотя его решение и видится очевидным. Формально-юридически п. 2 ст. 312 ГК трактуется о представителе кредитора, но ее правило следует распространить и на те случаи, когда речь идет о представителе иного управомоченного лица. Например, если при переадресации исполнения за получением

товара является лицо, действующее на основании простого письменного документа, выданного не кредитором, а другим субъектом, в пользу которого, согласно указанию кредитора, следует произвести отпуск товара, должник подвергается такому же риску. Следовательно, ему должны быть доступны те же юридические средства, что и при исполнении представителю кредитора. При этом, однако, риск правильного указания субъекта (третьего лица), которому по указанию кредитора, например при переадресации, надлежит передать исполнение, несет сам кредитор.

20. По смыслу пунктов 1 и 2 статьи 313 ГК РФ кредитор считается просрочившим, если он отказался принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, лишь в случаях, когда должником допущена просрочка исполнения денежного обязательства либо кредитор знал или должен был знать, что исполнение возложено должником на указанное третье лицо или такое третье лицо подвергается опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения взыскания на это имущество.

Вместе с тем даже при наличии обстоятельств, указанных в пунктах 1 и 2 статьи 313 ГК РФ, кредитор не обязан принимать исполнение, предложенное третьим лицом, и, соответственно, не считается просрочившим, если из закона, иных правовых актов, условий или существа обязательства вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично (пункт 3 статьи 313 ГК РФ).

Просроченное денежное обязательство может быть исполнено третьим лицом и в том случае, когда его возникновение связано с личностью должника, например, уплата долга по алиментам.

Кредитор по денежному обязательству не обязан проверять наличие возложения, на основании которого третье лицо исполняет обязательство за должника, и вправе принять исполнение при отсутствии такого возложения. Денежная сумма, полученная кредитором от третьего лица в качестве исполнения, не может быть истребована у кредитора в качестве неосновательного обогащения, за исключением случаев, когда должник также исполнил это денежное обязательство либо когда исполнение третьим лицом и переход к нему прав кредитора признаны судом несостоявшимися (статья 1102 ГК РФ).

(а) Принципы относительности обязательства и его приватности означают, что лица, в нем не участвующие, не только не имеют обязанностей по такому обязательству, но и не вправе вторгаться в него

каким бы то ни было образом. Обязательство — это частное взаимоотношение его сторон. Предполагается, что только стороны вступают во взаимодействие друг с другом непосредственно или через своих представителей.

Однако издавна гражданский оборот обнаружил потребность **участия третьих лиц в исполнении обязательств**. Результаты взаимодействия различных субъектов в гражданском обороте нередко демонстрируют востребованность исполнения обязательства должником третьим лицом, причем речь идет не о единичных своеобразных случаях, а о достаточно масштабной стандартной практике исполнения обязательств третьими лицами. Более того, множество договоров изначально заключаются с расчетом, что исполнение будет произведено не самим должником, а третьим лицом. Это характерно для всякого рода посредничества, весьма распространенного в современной экономике.

Логически можно помыслить два случая исполнения обязательства третьим лицом, и это подтверждается также эмпирическими данными. Первый случай — привлечение должником такого третьего лица к исполнению его обязательства. Второй случай — это интервенция третьего лица в чужое обязательственное отношение, когда оно производит исполнение обязательства по собственному побуждению (*proprio motu*), без привлечения его должником. Встречаются, конечно, и такие случаи, когда сам кредитор привлекает третье лицо или соглашается на его участие в исполнении обязательства, но они чаще всего «рядятся» в другие юридические «одежды» (например, кумулятивный перевод долга).

Коль скоро гражданский оборот нуждается в исполнении обязательства третьим лицом, то в задачу правопорядка входит установление сбалансированного регулирования отношений всех трех лиц для согласования их интересов. Кроме того, приходится проводить различия для случаев исполнения без возложения, а также с возложением, причем последнее необходимо дифференцировать на возложение с покрытием и возложение без покрытия, а также на ряд более частных вопросов.

Когда исполнение обязательства возлагается должником на третье лицо, то интересы этих двух лиц соблюдаются, а отношения считаются сбалансированными, поскольку это имеет место по их согласованной воле. Остается позаботиться об интересах кредитора. Если по характеру обязательства личность должника не имеет решающего значения, то кредитору безразлично, от кого он получит исполнение (платеж, товар, ценные бумаги и т.п.). Стало быть, остается упразднить кре-

дителя на отказ принимать исполнение от третьего лица, если личность должника имеет для него существенное значение, и права всех трех лиц оказываются достаточно гармонизированными. Правда, в некоторых специфических случаях, видимо, придется учитывать и другие интересы кредитора, например, в сохранении требования к должнику. Общий принцип здесь простой — поскольку исполнение обязательства третьим лицом осуществляется без согласия кредитора, его права и законные интересы не должны пострадать.

Немного сложнее обстоит дело, когда третье лицо производит исполнение по собственному побуждению. Что касается интереса кредитора, то он не затрагивается при соблюдении такого же условия, что и в случае с возложением. Должник же может быть не заинтересован, чтобы третье лицо производило исполнение вместо него. Поэтому его интерес может быть проигнорирован только в том случае, если третье лицо имеет более весомый законный интерес. Взаимоотношения субъектов в современном гражданском обороте оказываются настолько разнообразными, что позитивному праву затруднительно описать все возможные случаи, когда социально-экономические ценности в обществе ставят интерес третьего лица выше интереса должника в собственном исполнении своего обязательства. Поэтому все, что может дать теория, — это лишь обозначить принцип: третье лицо может исполнить обязательство без возложения при наличии к тому законного интереса, а не произвольно. К этому можно только добавить эмпирически выявленные типичные случаи такого интереса, например, опасение третьего лица утратить право в отношении имущества должника. Пренебрежение интересом должника в таких случаях не вступает в несовместимое противоречие с принципами гражданского права, в том числе потому, что в силу суброгационной концепции должник не утрачивает правовую возможность по исполнению обязательства, ибо единственным для него последствием исполнения обязательства третьим лицом без возложения является перемена лица в обязательстве. Такое же последствие наступает и при уступке требования, а она повсеместно допускается, за некоторыми исключениями, без согласия должника.

Что касается исполнения обязательства третьим лицом и такого последствия, как суброгация права от кредитора к третьему лицу, то теория обязательственного права имеет основания для дифференцированного подхода в зависимости от того, имело ли место возложение или нет, а также от вида возложения. Это требуется для достижения такой цели, как выравнивание соотношения имущественного резуль-

тата исполнения обязательства третьим лицом главным образом между должником и третьим лицом.

Возложение исполнения может представлять собой договор между третьим лицом и должником. Когда кауза такого договора позволяет возместить издержки третьего лица на исполнение или третье лицо освобождает должника от обязательства, имея *animus donandi*, можно говорить о возложении с покрытием. В такой ситуации третье лицо не нуждается в поддержке правопорядка в виде констатации перехода права в силу закона, поскольку само согласилось с таким результатом своих действий в отношениях с должником. Иными словами, интерес третьего лица покрывается каузой договора с должником. К таким договорам, в частности, относятся: непоименованный договор переадресации (переадресовки) исполнения; договор займа, договор поручения и упомянутый уже договор дарения. Хотя для последнего вида договора понятие «покрытие», быть может, и неточно отражает существо дела, но оно может быть использовано исходя из целей терминологической экономии. Когда третье лицо погашает обязательство должника из чувства приязни, желая одарить его, он тоже получает «покрытие» своих издержек, просто это не материальное удовлетворение, а нравственное.

Кроме того, одна из теорий переадресации, хотя и не очень пока распространенная, обосновывает, что возложение в виде переадресации может принимать форму односторонней сделки, предоставляющей третьему лицу право на производство исполнения. Дело в том, что третье лицо не обязано подчиняться инструкции должника производить исполнение не ему, а указанному им лицу, если это не предусмотрено договором. Поэтому в такой ситуации оно может проигнорировать просьбу должника о переадресации и исполнять обязательство в пользу должника, который в их отношениях является кредитором этого третьего лица.

Кроме того, может быть заключен такой договор о возложении, по которому имущественный интерес третьего лица в получении возмещения своих издержек на исполнение покрывается не за счет исполнения этого договора должником, возложившим исполнение на третье лицо, а за счет указанного в законе юридического факта, влекущего суброгацию — исполнение обязательства должника третьим лицом в пользу кредитора. Когда договор о возложении заключается между должником и третьим лицом в расчете последнего на суброгацию, перед нами возложение без покрытия. Потому это требует выравнивающего действия суброгации, благодаря которой третье лицо получает

правовую возможность возместить свои издержки за счет должника, имея к нему перешедшее *ipso jure* требование от кредитора, получившего исполнение. Такое же последствие требуется обнаружить и для исполнения обязательства третьим лицом, имеющим к этому законный интерес, без возложения. В противном случае должник неосновательно обогатился бы за счет третьего лица, поскольку последнее не имеет покрытия своих издержек, а также не состоит с должником в таком соглашении, за счет исполнения которого они могли бы покрываться.

В конечном счете издержки третьего лица во всех случаях покрываются за счет должника (с особенностями для дарения), но достигается это различными средствами, а юридические основания требования третьего лица разнятся.

К сожалению, при реформировании норм об исполнении обязательства третьим лицом в ГК законодатель не учитывал эти в общем-то нехитрые теоретические представления и допустил немало ошибок. Большую их часть Пленуму удалось исправить.

(б) Для того чтобы механизм исполнения обязательства третьим лицом был функциональным, требуется, чтобы кредитор не отказывался принимать исполнение от третьего лица. Принятие исполнения входит в понятие кредиторской обязанности кредитора. В обязательственном праве стимулирующее воздействие для исполнения этой обязанности оказывает категория *mora creditoris* — просрочки кредитора (ст. 406 ГК). Следовательно, так же как и в отношениях с самим должником, неправомерный отказ кредитора принимать исполнение от третьего лица ставит кредитора в просрочку и влечет для него соответствующие негативные последствия.

И здесь обнаруживается объективное затруднение, связанное с тем, что основания исполнения обязательства третьим лицом находятся в сфере тех или иных отношений между должником и третьим лицом, в которых кредитор не участвует и, как правило, ничего о них не знает. Между тем согласно п. 1 ст. 313 ГК кредитор **обязан принять** исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если исполнение обязательства **возложено** должником на указанное третье лицо. Что касается одного случая исполнения обязательства третьим лицом без возложения, а именно опасения третьего лица утратить свое право на имущество должника вследствие обращения на него взыскания, то и здесь кредитор может не знать о наличии соответствующей опасности. Однако и в этом случае закон обязывает его принять исполнение от третьего лица (подп. 2 п. 2 ст. 313 ГК). Получается, что закон под страхом наступления невыгодных последствий требует от лица

совершить действие в зависимости от определенного обстоятельства, о котором это лицо ничего не знает. Это положение вещей ничего общего с правом не имеет, поскольку не только вступает в противоречие с принципом справедливости, но и расходится с элементарной логикой и здравым смыслом. Недопустимо требовать исполнения обязанности, о наличии которой лицу неизвестно и не должно быть известно. Также не имеется оснований возлагать на кредитора обязанность установить релевантное обстоятельство, поскольку такого бремени он на себя не принимал. Вторжение третьего лица в чужое обязательство допустимо постольку, поскольку это не нарушает права и законные интересы кредитора, т.е. не ухудшает его правовое положение. В противном случае налицо нарушение принципа гражданского права, не допускающего произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК). В этом смысле представляется удачным следующее высказывание судей, которое точно отражает существо дела: указанной норме не может быть дано такое толкование, в результате которого допускалось бы ущемление интересов самого кредитора против его воли¹.

Пленум исправляет эти недостатки закона своим толкованием, извлекая из смысла п. 1 и 2 ст. 313 ГК следующий подход. Методология здесь очевидна, кредитор может считаться просрочившим, **если он знал и должен был знать** об обстоятельствах, дающих третьему лицу право на исполнение обязательства. К таковым Пленум относит: 1) возложение; 2) третье лицо подвергается опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения взыскания на это имущество.

Что касается еще одного основания, когда кредитор обязан принять исполнение без возложения — **просрочка денежного обязательства**, то, оставляя пока в стороне сомнительность концептуальной обоснованности интервенции только по этому основанию, идентификация наличия этого обстоятельства для кредитора не считается критичной. Принято полагать, что кредитору всегда известно или должно быть известно о просрочке должника. Этим объясняется в том числе и то обстоятельство, что срок исковой давности начинает исчисляться с момента окончания срока исполнения (абз. 1 п. 2 ст. 200 ГК). Поэтому, согласно букве закона, получается, что кредитор считается просрочившим при всяком отказе принять исполнение по просроченному должником денежному обязательству от третьего лица. Из этого исходит и Пленум.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049.

Выражение Пленума «**должен был знать**» следует понимать не только и, может быть, даже не столько в том смысле, что у кредитора имеется какая-то позитивная обязанность знать о перечисленных Пленумом обстоятельствах. Это выражение означает, что в случае возникновения спора по этому поводу суд, оценив все обстоятельства дела, констатирует вмененное знание кредитора. Имеется в виду, что любое разумное лицо в данных фактических обстоятельствах не могло не узнать о соответствующем факте, хотя бы конкретное обстоятельство, свидетельствующее о соответствующем знании кредитора, и не доказано.

Вместе с тем надо учитывать, что если кредитору доставлено извещение должника о возложении или оно считается доставленным (п. 1 ст. 165 ГК), кредитор не вправе отговариваться тем, что он не обязан проверять наличие возложения (абз. 4 комментируемого пункта). В таком случае как раз имеются основания считать, что кредитор должен был знать о возложении, если из содержания упомянутого извещения он мог определить, на кого возложено исполнение обязательства. Последнее справедливо и в том случае, когда доказано, что кредитор не ознакомился с названным извещением.

Если кредитор имеет право отказаться принимать исполнение, то в тех случаях, когда технически исполнение может оказаться в составе его имущества без непосредственного изъявления воли на принятие исполнения, он должен иметь право в разумный срок вернуть полученное обратно. Например, если на банковский счет кредитора поступила денежная сумма, а кредитор вправе ее не принимать по основаниям, предусмотренным законом или договором, нельзя лишить кредитора этого права. Принятие исполнения кредитором — это не только фактическое явление, но и юридическое. Одного только обстоятельства попадания имущества к кредитору недостаточно, чтобы уничтожить его право, ибо это вступило бы в противоречие с принципом автономии воли.

Коль скоро последнее верно, то и при исполнении обязательства третьим лицом права кредитора не могут быть умалены. Если во главу угла поставлена воля кредитора, то неважно, кто именно исполняет обязательство, от принятия какого он вправе отказаться, — сам должник или третье лицо. С этой точки зрения указание Пленума на исполнение, **предложенное** за должника третьим лицом, следует понимать расширительно, распространяя его и на описанные выше случаи. Соответственно, если при наличии названных в комментируемой правовой позиции обстоятельств кредитор вернул полученное от третьего лица, он также впадает в *mora creditoris*.

(в) Целый ряд обязательств возникает в расчете кредитора на характеристики личности должника. В такого рода обязательствах личность должника имеет существенное значение для кредитора ввиду навыков, знаний и умений в определенной сфере деятельности. К таким обязательствам относится большинство обязательств по оказанию услуг и выполнению некоторых работ. Так, например, обязательство артиста сыграть роль в кинофильме, обязательство врача по лечению пациента и т.п. относятся к обязательствам со строго личным исполнением. Ясно, что обоснованные ожидания кредитора были бы нарушены, если бы правопорядок допускал исполнение и таких обязательств третьим лицом без согласия кредитора. Поэтому п. 3 ст. 313 ГК предусматривает, что кредитор не обязан принимать исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа вытекает обязанность должника **исполнить обязательство лично**. Данная норма является специальной по отношению к п. 1 и 2 ст. 313 ГК, а потому имеет преимущество по принципу *lex specialis derogat generali*.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум уточняет, что кредитор не обязан принимать исполнение и не считается просрочившим, если он отказывается принять предоставление по обязательству со строго личным исполнением. При этом в разъяснении делается акцент на то, что такое положение дел имеет место **даже при наличии** обстоятельств, указанных в п. 1 и 2 ст. 313 ГК. Но по букве закона данные пункты охватывают все случаи исполнения обязательства третьим лицом. Иными словами, кредитор во всяком случае имеет право не принимать предоставление третьего лица по обязательству со строго личным исполнением.

Формально-юридически такой подход Пленума означал бы, что третье лицо не вправе исполнить за должника и денежное обязательство, если это вытекает из условий обязательства, например, в случае, когда в договоре предусмотрено, что исполнение денежного обязательства должника третьим лицом не допускается (блокирующее условие). В некоторых случаях это может вызывать сомнения, поскольку в отношении денежных обязательств кредитору с очевидностью безразлично, за чей счет он получает денежные средства. Представим, что поднаиматель жилого помещения опасается утратить свое право (п. 5 ст. 685 ГК) в связи с шестимесячной просрочкой в оплате нанимателя (абз. 2 п. 2 ст. 687 ГК). При наличии блокирующего условия в договоре найма поднаиматель лишится жилья. Кажется, что такое положение дел совсем не соответствует известной максиме — *jus est ars boni et aequi*.

Как отмечалось выше, законный интерес третьего лица, который рассматривается более весомым, чем интерес должника в собственном исполнении обязательства, позволяет третьему лицу осуществить исполнение за должника без возложения, т.е. не по воле должника и даже вопреки его воле, а кредитор обязан принять такое исполнение. Но в таком случае было бы нелогичным поставить интерес кредитора не принимать денежное исполнение от третьего лица, чей интерес в описанном примере с очевидностью более весомый, тогда как у кредитора он сугубо формальный.

Отрадно, что в абз. 3 комментируемого пункта Пленум делает изъятие хотя бы для денежных обязательств.

Вместе с тем если стороны обязательства договорились, что кредитор обязан не принимать исполнение от третьих лиц, то в случае отсутствия у такого третьего лица законного интереса, например при просрочке, нарушение кредитором принятой на себя обязанности влечет обычные последствия нарушения обязательств.

(г) Исполнение денежных обязательств не зависит от личных характеристик должника. К платежу способен каждый, были бы деньги.

Пленум отмечает это обстоятельство в абз. 3 данного пункта Постановления, хотя и уводит в сторону от существа дела, делая акцент на основании возникновения, а не на исполнении обязательства. Иными словами, происходит подмена понятия «исполнение обязательства» понятием «основание возникновения обязательства». Но *causa obligatio* не вполне то же самое, что *modus solvendi*. Да и закон говорит не о личном характере основания возникновения обязательства, а об обязанности должника **исполнить** обязательство лично. Пленум же трактует о таком обязательстве, когда его **возникновение** связано с личностью должника, и приводит пример алиментного обязательства. На самом деле такое обязательство принято именовать **неразрывно** связанным с личностью (ст. 383 ГК). Возникновение всякого обязательства так или иначе связано с личностью должника, ибо без него и возникнуть ничего не может. Основание возникновения обязательства само по себе не имеет правового значения для определения допустимости исполнения обязательства третьим лицом. Определяющим является само исполнение, которое, будучи строго личным, может быть отвергнуто кредитором, если оно предложено третьим лицом. В контексте исполнения алиментного обязательства, конечно, нет никаких причин ограничивать его исполнение третьим лицом. Алиментному кредитору в аспекте сугубо имущественного интереса совсем безразлично, кто именно погасит долг алиментного должника, он сам или кто-либо

еще. Возможные психологические желания алиментного кредитора в личном исполнении гражданским правом в качестве законного интереса не рассматриваются.

Интересно заметить, что первоначальная редакция проекта Постановления выводила данное суждение из существа денежного обязательства. Действующее постановление вместо этого оперирует понятием просроченного денежного обязательства. И то и другое следует из закона и в этом смысле является соответствующим ему. Можно было бы сказать, что из существа денежного обязательства следует, что в случае просрочки его исполнения оно в любом случае может быть исполнено третьим лицом.

С теоретической точки зрения законодательное решение в отношении просроченного денежного обязательства представляется концептуально ошибочным и нелогичным. Тот факт, что какое-либо обязательство является просроченным, не должен означать, что у любого третьего лица появляется право исполнить его без возложения. Как уже отмечалось, интервенция в чужое обязательственное отношение частных лиц может допускаться, только если законный интерес такого лица превалирует над интересом должника в собственном исполнении. Действующее регулирование в подп. 1 п. 2 ст. 313 ГК противоречит принципу недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК). Это не преминуло сказаться на практике, что потребовало от судов обращаться к принципу недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК), что будет проанализировано ниже (см. комментарии к абз. 3 п. 21 Постановления).

Кроме того, данное регулирование нелогично. За таким законодательным решением можно усмотреть пренебрежение интересом должника в собственном исполнении, поскольку он впал в просрочку, и предположение о том, что всякий кредитор заинтересован в получении исполнения от кого угодно, когда обязательство уже нарушено. Даже если признать, что эти мотивы обоснованны (а это не так), то не ясно, почему речь идет только о денежном обязательстве. Если в основе допущения интервенции лежит просрочка, то какое значение имеет объект предоставления? Так ли уж важно, от кого кредитору поступают, скажем, сырье, материалы или товары, ведь он сохраняет все права в отношении проверки качества товара, не утрачивает иные возражения и другие средства защиты своего интереса. Или, к примеру, если кредитор возвращает обратно передаточным распоряжением поступившие ему по просроченному обязательству должника от третьего лица эмиссионные ценные бумаги, разве он не должен считаться просрочившим?

Чем это принципиально отличается от возврата денежных средств или отказа от их принятия? Неужели видимое законодателю соотношение интересов сторон данного тройственного отношения кардинально меняется от того, что просрочено не денежное, а иное обязательство?

Все эти вопросы показывают, что такое основание для интервенции, как просрочка денежного обязательства, не только концептуально порочно, но и внутренне противоречиво.

(д) Как уже отмечалось, кредитор не участвует в отношениях между третьим лицом и должником, которые связаны с возложением исполнения (см. п. «б» комментария). Ему не может быть вменено в обязанность **проверять наличие** или отсутствие факта **возложения**. Пленум в первом предложении абз. 4 (последнего) комментируемого пункта отмечает отсутствие такой обязанности кредитора в отношении наличия возложения, на основании которого третье лицо исполняет обязательство за должника. Равным образом кредитор не обязан проверять наличие у третьего лица оснований исполнять обязательство должника без возложения.

Хотя разъяснение касается только отсутствия обязанности кредитора проверять наличие возложения **по денежному обязательству**, это не может являться основанием для обнаружения такой обязанности для неденежных обязательств. Обратное означало бы возложение на кредитора обязанности и риска, на которые он не соглашался. Кроме того, это порождало бы неравенство кредиторов, поскольку кредитор по неденежному обязательству оказывался в худшей правовой позиции в отношении тождественной обязанности.

Пленум обоснованно полагает, что кредитор **вправе принять исполнение при отсутствии такого возложения**, хотя оно и является основанием для исполнения обязательства третьим лицом. Получается, что в том случае, когда при отсутствии основания для исполнения третье лицо тем не менее исполняет обязательство должника, данное обстоятельство не затрагивает кредитора. Это логично, поскольку разумный кредитор предполагает, что третье лицо действует законно и, согласно презумпции (п. 5 ст. 10 ГК), действует добросовестно. Стало быть, в отсутствие доказательств обратного он вправе полагать, что возложение имело место.

Однако редакция разъяснения дает основания полагать, что кредитор вправе принять исполнение от третьего лица, даже когда он знает об отсутствии возложения. В этом случае кредитор вправе полагать, что третье лицо действует в интересах должника без поручения, как гестор. Правда, при рассмотрении первоначального проекта Поста-

новления было отмечено, что сама по себе **последующая констатация** отсутствия соглашения между должником и третьим лицом о возложении исполнения на третье лицо не свидетельствует о возникновении неосновательного обогащения на стороне **добросовестного** кредитора¹. Это в целом верно, но из этого суждения можно сделать вывод, что если кредитор знал об отсутствии указанного соглашения, то он является недобросовестным, и это влечет его неосновательное обогащение. Из самого текста разъяснения такой вывод, по нашему мнению, не следует. Да и по существу дела для него нет оснований. Один лишь тот факт, что кредитор знает об отсутствии возложения, недостаточен, чтобы обнаружить его недобросовестность, влекущую возникновение кондикционного обязательства.

Защитив права кредитора, Пленум ничего не говорит о правах должника. Ведь если оснований для исполнения обязательства у третьего лица не было, но кредитор принял исполнение, законный интерес должника может оказаться нарушенным. В каких-то случаях, причем скорее как раз по неденежным обязательствам, должник может претерпеть убытки. Например, не зная об исполнении обязательства третьим лицом, он может понести издержки на предоставление исполнения кредитору, который вправе отказаться его принимать, поскольку оно уже получено им от третьего лица. Коль скоро кредитор, согласно разъяснению Пленума, действовал в своем праве, никаких претензий к нему должник иметь не может. Однако при отсутствии правового основания для исполнения третьим лицом за должника такое лицо действует в нарушение принципа гражданского права о недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Стало быть, перед нами нарушение закона, которое повлекло убытки должника в обязательстве, которые подлежат возмещению третьим лицом.

Наше позитивное право плохо справляется с нормативным обоснованием для взыскания таких убытков, и здесь помощь Пленума как раз не помешала бы, но он прошел мимо этого вопроса. Дело в том, что коль скоро возложения не было, должник и третье лицо ни в каких договорных отношениях не состоят, а потому правовое основание взыскания убытков *a priori* не может заключаться в нарушении соглашения сторон. Следовательно, если и обнаруживать здесь нарушение закона, оно должно отыскиваться во внедоговорных основаниях, каковыми являются неосновательное обогащение и причинение вреда.

¹ См.: <https://www.youtube.com/watch?v=mf9wU8wD3js>.

Если первое основание здесь и обнаруживается, то не на стороне третьего лица, а на стороне должника, так как это он неосновательно обогатился за счет имущества третьего лица. Рассуждения с навязанным обогащением, даже если бы они были уместны, не могут дать корректного решения в отношении напрасных издержек должника, ибо нет корреляции между обогащением и убытками. Кроме того, поскольку возложения не было, здесь действует суброгационная концепция, а кондикционного иска третье лицо к должнику не имеет. Тем более решительно невозможно найти здесь опору для кондикционного иска должника против третьего лица. Стало быть, это основание должно быть отброшено.

По второму основанию отыскание нормативного обоснования для требования о возмещении убытков упирается в легальное определение деликтного обязательства. Согласно п. 1 ст. 1064 ГК вред, причиненный **личности** или **имуществу** гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. Третье лицо никакого вреда личности должника не причиняло. Также его действия не связаны с умалением абсолютных прав в отношении имущества должника. Вред у должника возник в процессе его исполнения по обязательству с другим лицом и локализован в напрасных издержках.

Только доктрина чистых экономических убытков (*pure economic loss*) легко справляется с обоснованием требования должника к третьему лицу о возмещении убытков. Несмотря на то, что теория чистых экономических убытков начинает получать поддержку в судебной практике¹, она применяется фрагментарно (*case by case*) и еще не только не укоренилась прочным образом в нашем праве, но даже не наметила границ сферы своего действия. Пока нет подтверждения, что эта доктрина может применяться в рассмотренном нами случае, хотя теоретически нет сомнений, что она здесь пригодна.

Делая акцент на том, что кредитор не обязан проверять наличие возложения и вправе принять исполнение третьего лица и при отсутствии возложения, Пленум скорее касается ситуации, когда кредитору ничего не известно про факт возложения. Но ни закон, ни Пленум не касаются такой ситуации, когда кредитор не только знает об отсутствии возложения, но к тому же знает о том, что третье лицо действует

¹ См. определения СКЭС ВС от 22 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19319; от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368; от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-14652; от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540; СКГД ВС от 10 марта 2015 г. № 16-КГ14-37.

недобросовестно в ущерб интересам должника, в том числе когда сам должник просит не принимать исполнение от третьего лица. Может ли кредитор пренебречь интересами должника и действовать только в своем интересе?

Ответ на этот вопрос, видимо, отыскивается в п. 3 ст. 307 ГК. Следует считать, что кредитор должен, учитывая права и законные интересы другой стороны – должника, отказаться принимать исполнение от третьего лица. При этом кредитор не обязан выяснять, какие цели преследует третье лицо, в том числе спрашивать одобрения в принятии исполнения от должника, если ему ничего не известно или известен лишь факт отсутствия возложения.

В судебной практике почти не встречается случаев, когда обсуждалась бы ответственность кредитора перед должником, если кредитор знает об отсутствии возложения и понимает, что вмешательство третьего лица может нарушать интересы должника. Лишь в одном случае можно усмотреть намек на это. По смыслу п. 1 ст. 313 ГК должник вправе, не запрашивая согласия кредитора, возложить исполнение на третье лицо. Праву должника возложить исполнение на третье лицо корреспондирует обязанность кредитора принять осуществленное третьим лицом исполнение. При этом закон не наделяет кредитора, не имеющего материального интереса ни в исследовании сложившихся между третьим лицом и должником отношений, ни в установлении мотивов, побудивших должника поручить исполнение своего обязательства другому лицу, полномочиями по проверке того, действительно ли имело место возложение должником исполнения обязательства на третье лицо. Следовательно, не может быть признано ненадлежащим исполнение кредитором, принявшему как причитающееся с должника предложенное третьим лицом исполнение, если кредитор не знал и не мог знать об отсутствии факта возложения исполнения обязательства на предоставившего исполнение лицо и при этом исполнением **не были нарушены права и законные интересы должника**¹.

Возвращаясь к тексту Постановления, следует отметить еще один аспект. Коль скоро речь идет о наличии или отсутствии возложения, Пленум имеет в виду случаи, когда денежное обязательство не просрочено, а исполнение предлагается третьим лицом в пределах срока исполнения. Однако может возникать вопрос о досрочном исполнении обязательства. С учетом того, что досрочное исполнение затрагивает интересы кредитора, он вправе принять такое исполнение даже

¹ См.: Определение СКГД ВС от 25 июля 2017 г. № 51-КГ17-12.

в том случае, когда должник не имеет права на досрочное исполнение (ст. 315 ГК). Стало быть, он вправе принять его от третьего лица, не проверяя наличие возложения. Если последнее является бесспорным интервентом, то интересы должника в некоторых случаях могут быть нарушены. Например, если согласно условиям синалагматического обязательства предоставление со стороны кредитора должно быть осуществлено в определенный срок после оплаты, то должник, ничего не знающий об интервенции, окажется перед лицом досрочного принятия исполнения обязательства, к которому он может быть не готов. Например, при поставке товара досрочно у должника может не оказаться свободных складских площадей, поскольку он рассчитывал оплатить и получить товар позднее. Если кредитор действует в своем праве, то должник не вправе отказать в принятии товара, поскольку он поставлен в точном соответствии с условиями договора. Следовательно, и в этом случае встанет вопрос об ответственности интервента перед должником.

Что касается денежных обязательств, то во многих случаях кредитор не только не обязан проверять наличие возложения, но и не имеет к этому организационных возможностей. Дело в том, что при безналичных расчетах платеж просто зачисляется на счет кредитора и в этом случае нет технической возможности не принимать исполнение фактически. Конечно, если у кредитора имеется право не принимать исполнение, например при досрочном исполнении, он вправе вернуть полученное плательщику, в том числе третьему лицу. Этот случай юридически также охватывается отказом в принятии исполнения, хотя по внешней видимости исполнение фактически уже принято.

(е) Констатируя отсутствие у кредитора обязанности проверять наличие возложения и его право принять исполнение без возложения, Пленум явно не имеет в виду случай, когда по условиям договора кредитор принял на себя обязанность такой проверки. Тот факт, что стороны могут договориться об этом, не должен вызывать сомнения, поскольку ни юридическая логика, ни правовая политика таких препятствий не выдвигают. Оснований для ограничения свободы договора здесь не имеется. Такие условия, хотя и не имеют широкого распространения, могут быть востребованы со стороны должников. Дело в том, что должник может резонно опасаться интервенции третьих лиц в его отношения с кредитором. Как показано выше, в некоторых случаях это может оказаться для должника весьма нежелательным, даже если правопорядок поддержит его притязания о возмещении убытков. Всем предпочтительнее не понести убытки, нежели иметь

возможность их возместить. Следовательно, должник может договориться с кредитором, что в случае предложения исполнения третьим лицом кредитор обязан получить согласие должника или совершить иные действия, предусмотренные договором, чтобы предотвратить неосновательную интервенцию.

К таким случаям данное разъяснение Пленума неприменимо.

Если кредитор нарушит указанную договоренность, из-за чего должник понесет убытки, последний вправе искать их возмещения солидарно как с интервента, так и с кредитора.

(ж) Практика давно имеет примеры предъявления третьими лицами иска о неосновательном обогащении кредитору по тому мотиву, что возложение не имело места. Первоначально встречались ошибочные решения о допустимости удовлетворения такого кондикционного иска¹. Но впоследствии судебная практика развернулась в правильном направлении и в таких исках стали отказывать².

Теоретически нельзя исключать, что какое-то третье лицо при отсутствии законного интереса и возложения со стороны должника ошибочно произвело исполнение в пользу кредитора. Однако вероятность такого события, особенно в условиях, когда объем исполнения соответствует размеру долга, настолько ничтожна, что ею можно пренебречь. Утверждение же третьего лица, что оно по ошибке в точности уплатило ровно столько, сколько причитается с должника, кажется весьма недостоверным доказательством. Но даже в таких редких случаях, когда третье лицо действительно ошиблось, оно не останется без защиты в его отношениях с должником. Если же несостоятельность должника помешает третьему лицу возместить свои издержки, то справедливо возложить этот риск на третье лицо, ведь именно оно ошиблось и создало своими действиями видимость исполнения обязательства должником. А вот кредитор оказывался бы совершенно беззащитным перед кондикционным иском, ведь он не имеет порой даже технической возможности проверить, имелось ли возложение или нет. Напротив, он вправе рассчитывать на то, что раз уж третье лицо исполняет обязательство за должника, то к этому имеются основания.

Во втором предложении абз. 4 (последнего) Пленум в целом стоит на тех же позициях, как и складывавшаяся более поздняя судебная

¹ См., например: Постановление Президиума ВАС от 13 октября 1998 г. № 3784/97.

² См., например, постановления Президиума ВАС от 28 октября 2010 г. № 7945/10; от 15 июля 2014 г. № 3856/14.

практика, а также детализирует ее, проводя дифференциацию для особых случаев.

Общим правилом является то, что денежная сумма, полученная кредитором от третьего лица в качестве исполнения, **не может быть истребована у кредитора в качестве неосновательного обогащения**. Причем этот вывод следует считать справедливым и для того случая, когда доказательств возложения или наличия правовых оснований для исполнения третьим лицом без возложения не имеется. В такой ситуации права третьего лица подлежат защите в его отношениях с должником. Поэтому в тех случаях, когда факт возложения кредитору доказать не удастся, в кондикционном иске все равно следует отказать. Если же возложение с покрытием в действительности имело место, оно будет учитываться в отношениях третьего лица с должником.

В судебной практике обнаруживаются даже такие случаи, когда судьи, судя по всему, считают возможным предоставить кредитору защиту от кондикции и в такой ситуации, когда третье лицо произвело платеж денежных средств со счета другого лица, мошенническим образом получив к нему доступ¹.

(з) Пленум устанавливает два **исключения** из общего правила, обнаруживая неосновательное обогащение кредитора, когда (1) должник также исполнил денежное обязательство либо (2) исполнение третьим лицом и переход к нему прав кредитора признаны судом несостоявшимися (о последнем случае см. абз. 3 п. 21 Постановления).

Действительно, когда кредитор получил исполнение как от третьего лица, так и от должника, он имеет двойное исполнение, на что с очевидностью права не имеет.

Редакция данного фрагмента разъяснения сформулирована таким образом, что исключения из правил о неосновательном обогащении не обозначают, кто является потерпевшим, указывая лишь на неосновательное обогащение кредитора, т.е. на кондикционного должника.

Судя по редакции фрагмента, посвященного получению кредитором двойного исполнения, Пленумом описан такой случай, когда исполнение сначала произведено третьим лицом, а потом **также** и должником. В этом случае для определения потерпевшего требуется проводить дифференциацию в зависимости от динамики структуры отношений, которая зависит от наличия или отсутствия возложения с покрытием. Ссылка Пленума на ст. 1102 ГК не вполне корректна,

¹ См.: Определение СКГД от 2 февраля 2021 г. № 44-КГ20-17-К7.

ибо в соответствующих случаях подлежат применению специальные правила.

(и) Если исходить из того, что возложение с покрытием не имело места, то в силу суброгации право переходит к третьему лицу, которое является надлежащим кредитором по обязательству (новый кредитор). Прежний кредитор в силу п. 3 ст. 389.1 ГК обязан передать новому кредитору (третьему лицу) все полученное от должника в счет перешедшего требования.

В тех же условиях, но при наличии возложения с покрытием кредитор обогащается за счет должника. Поскольку суброгация отсутствует, а права третьего лица определяются условиями его договора с должником, обязательство прекращается исполнением в момент получения кредитором исполнения от третьего лица. Стало быть, должник производит исполнение по отсутствующему уже обязательству, т.е. без правового основания (*condictio indebiti*). Поэтому в отличие от предыдущего случая надлежащим истцом является должник, а не третье лицо.

Сложность с такой дифференцированной структурой обнаруживается в том, что кондикционный должник (кредитор), не зная об особенностях отношений между третьим лицом и должником, не может самостоятельно определить, кто из кредиторов является надлежащим. Однако это нивелируется тем обстоятельством, что надлежащий кредитор может предъявить ему соответствующие доказательства принадлежности ему права, а при наличии спора между ними кондикционный должник в соответствующих случаях вправе воспользоваться институтом депонирования (подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК).

(к) Пленум оставляет в стороне еще один мыслимый случай, когда исполнение производится сначала самим должником, а затем третьим лицом. Он не затрагивается, видимо, по той причине, что едва ли такие ситуации могут иметь широкое распространение.

При отсутствии возложения третье лицо действует по собственному побуждению, и коль скоро обязательство в момент его исполнения уже прекратилось исполнением должника, кредитор получает неосновательное обогащение за счет третьего лица. Риск несостоятельности кредитора полностью ложится на третье лицо.

При наличии возложения, будь то с покрытием или без, эта ситуация может показаться нереалистичной. Действительно, в таких случаях должнику нет необходимости производить исполнение кредитору, ибо он рассчитывает на исполнение третьего лица. Но в силу тех или иных фактических обстоятельств такой казус может случаться на практике, пусть и не часто.

Поскольку в момент получения исполнения обязательство уже не существует, так как оно прекратилось исполнением, кредитор несомненно обогащается за счет третьего лица.

В случае несостоятельности кредитора право третьего лица может пострадать. Если имело место возложение без покрытия, то имеются основания обсуждать ответственность должника перед третьим лицом. Третье лицо рассчитывало на суброгацию к должнику, но из-за действий последнего право не может перейти к третьему лицу по суброгации. Здесь усматривается аналогия с действиями цедента, из-за которых нарушаются права цессионария (ст. 390 ГК). Если бы должник не совершил исполнения, которое противоречит его соглашению с третьим лицом, то исполнение третьего лица привело бы к суброгации и несостоятельность кредитора его не затронула бы. Неопределенность с этим вопросом должна побуждать третьих лиц урегулировать этот вопрос в договоре, на основании которого производится возложение без покрытия. Третье лицо может выговорить себе условие, согласно которому в случае, если право не переходит по суброгации из-за действия должника, последний несет ответственность за убытки третьего лица.

В случае когда имеет место возложение с покрытием, но должник производит исполнение по обязательству, после чего третье лицо, не зная об этом, в свою очередь производит исполнение, то кредитор также обогащается. В случае несостоятельности кредитора возникают соответствующие риски.

Здесь ситуация оказывается несколько сложнее для анализа, поскольку зависит от каузы возложения с покрытием.

Если речь идет о договоре переадресации (переадресовки), то можно считать, что его исполнение оказывается невозможным, но для этого надо признать, что в обязательство третьего лица входит не просто совершение действия по исполнению указанному должником лицу, но действия, имеющие погашающий характер по обязательству должника перед кредитором. Тогда можно считать, что наступает невозможность исполнения обязательства, за которую отвечает должник. Но уязвимость такой квалификации приводит к тому, что обязательство третьего лица перед должником не прекратилось и оно может оказаться в просрочке со всеми вытекающими отсюда негативными для него последствиями. Последнее совсем нежелательно, поскольку делает договоры о переадресации рискованным предприятием, тогда как они востребованы в обороте и широко распространены на практике.

Но если считать, что предметом договора переадресации является лишь совершение третьим лицом действия по исполнению обязательства в адрес указанного должником лица, независимо от погашающего действия, то третье лицо не нуждается в кондикционном иске, ибо его цель достигнута — обязательство перед должником считается прекратившимся. Но тогда следует признать, что неосновательно обогатившийся кредитор имеет долг не перед третьим лицом, а перед должником, однако и этот вывод оказывается не вполне удобным, но уже для кредитора. Последний не знает обо всех этих тонкостях в отношениях между третьим лицом и должником. Он получил не-должное от третьего лица и, действуя в соответствии с законом, может возратить полученное тому, от кого он его получил, а окажется, что это ненадлежащий кредитор.

Еще одно решение — признать, что обязательство третьего лица перед должником прекратилось исполнением в адрес указанного должником кредитора, неосновательное обогащение возникает перед третьим лицом, но право требования к обогатившемуся кредитору переходит к должнику. Кондикционный должник (кредитор) защищен правилом об уведомлении должника о переходе права, а потому возврат полученного третьему лицу считается надлежащим исполнением. Риски должника, связанные с получением причитающегося от третьего лица (которое тоже может впасть в банкротство), справедливо возложить на должника, действия которого и послужили причиной их возникновения. Если же несостоятельный кондикционный должник не станет исполнять обязательство, то, будучи уведомленным о переходе права, он обязан будет произвести такое исполнение новому кредитору, т.е. бывшему должнику, и здесь риски несостоятельности справедливо ложатся на должника, породившего эти риски. Уязвимость этой концепции обнаруживается в том, что она не может обнаружить нормативной опоры. Однако, учитывая, что такие случаи едва ли могут иметь массовый характер, поскольку большинство должников, возложив исполнение на третье лицо, сами эти обязательства не исполняют, дефицит нормативности едва ли повлечет критическую неопределенность в гражданском обороте.

Если каузой возложения с покрытием был договор займа, можно также исходить из той же методологии, считая, что неосновательное обогащение кредитора возникает перед третьим лицом и право его истребования переходит к должнику. Если неуведомленный о переходе права кондикционный должник (кредитор) произведет исполнение в адрес третьего лица, оно в отношениях с должником как займодавец

вправе рассматривать его как досрочный возврат займа и либо принять такое исполнение, либо отвергнуть досрочное исполнение и передать полученное должнику, который остается обязанным по договору займа в соответствии с его условиями. Если кондикционный должник не произведет исполнения третьему лицу, то, будучи уведомленным о переходе права, он обязан перед своим бывшим должником, а последний понесет риски его несостоятельности. Отношения по договору займа этим не затрагиваются.

Что касается возложения в виде дарственной каузы, то и здесь можно продолжить ту же логику, признав, что неосновательное обогащение кредитора возникает перед третьим лицом. Если кондикционный должник (кредитор) исполнит свое обязательство, то даритель может достичь своей цели, передав полученное должнику (одаряемому). Если же этого не произойдет, должник как новый кредитор получит право требования к несостоятельному кондикционному должнику (кредитору) и опять же понесет риски из-за своих действий *de facto*, получив в дар меньше, чем он получил бы, не совершив противоречивых действий по исполнению собственного обязательства при наличии возложения.

(л) Что касается неосновательного обогащения кредитора в случае, когда исполнение третьим лицом и переход к нему прав кредитора признаны судом несостоявшимися, то здесь неосновательное обогащение у кредитора возникает перед третьим лицом. Поскольку ни двойное исполнение, ни суброгация в таких случаях не имеют места, никаких манипуляций с фигурой кредитора по кондикции здесь, видимо, не требуется.

Пленум выражается в том смысле, что исполнение третьим лицом и переход к нему прав кредитора признаются судом **несостоявшимися**. Тем самым вводится юридическая фикция, поскольку исполнение в действительности состоялось, а право перешло. Если в отношении права, как сущности идеальной, еще можно представить, что признание перехода права несостоявшимся означает, что право осталось у кредитора и ст. 1106 ГК здесь не применяется, то в отношении исполнения такого представить совершенно невозможно. Исполнение (например, платеж) — сущность более реальная, даже если речь идет о безналичном платеже, а потому несостоявшееся исполнение — это скорее фигура речи, поскольку иначе можно потерять предмет кондикции. Интересно отметить, что в абз. 3 следующего пункта, где как раз обосновывается такое средство защиты кредитора, как признание перехода права несостоявшимся, Пленум уже не упоминает о признании исполнения несостоявшимся.

21. Если исполнение обязательства было возложено должником на третье лицо, то последствия такого исполнения в отношениях между третьим лицом и должником регулируются соглашением между ними.

Согласно пункту 5 статьи 313 ГК РФ при отсутствии такого соглашения к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, переходят права кредитора в соответствии со статьей 387 ГК РФ. При этом согласно пункту 3 статьи 382 ГК РФ, если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу.

Вместе с тем на основании статьи 10 ГК РФ суд может признать переход прав кредитора к третьему лицу несостоявшимся, если установит, что, исполняя обязательство за должника, третье лицо действовало недобросовестно, исключительно с намерением причинить вред кредитору или должнику по этому обязательству, например, в случаях, когда третье лицо погасило лишь основной долг должника с целью получения дополнительных голосов на собрании кредиторов при рассмотрении дела о банкротстве без несения издержек на приобретение требований по финансовым санкциям, лишив кредитора права голосования.

Статьи 71.1, 85.1, 112.1, 113 и 125 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливают специальные правила по отношению к пункту 2 статьи 313 ГК РФ, в связи с чем исполнение обязательств должника его учредителями (участниками), собственником имущества должника - унитарного предприятия либо третьим лицом или третьими лицами после введения первой процедуры банкротства допускается с соблюдением порядка, предусмотренного законодательством о банкротстве.

(а) В первом предложении п. 5 ст. 313 ГК установлено, что к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, **переходят права кредитора** по обязательству в соответствии со ст. 387 настоящего Кодекса. Из буквального смысла данной нормы следует, что суброгация имеет место во всяком случае исполнения обязательства должника третьим лицом. Это положение является законодательной ошибкой.

Переход права кредитора к третьему лицу необходим только тогда, когда последнее, произведя исполнение кредитору, в собственных отношениях с должником не имеет правовых средств возместить свои издержки на исполнение. Когда же третье лицо на основании согла-

шения с должником имеет такие юридические средства (**возложение с покрытием**), суброгация вступила бы в противоречие с каузой данного соглашения. Отношения, именуемые возложением исполнения обязательства на третье лицо, могут иметь различные основания. Таковыми часто являются соглашение о переадресации исполнения, заем, дарение¹.

Если между третьим лицом и должником сложились отношения по **переадресации** исполнения, предоставление третьего лица в пользу кредитора влечет два юридических факта: 1) прекращение исполнением обязательства третьего лица перед должником и 2) прекращение исполнением обязательства должника перед кредитором. Переадресация используется, когда в отношениях между собой третье лицо является должником, а должник кредитора является кредитором третьего лица. Вместо того чтобы получить исполнение от третьего лица и передать его своему кредитору, должник предлагает третьему лицу произвести исполнение непосредственно его кредитору («плати не мне, а моему кредитору»), а третье лицо, вербально акцептовав такое предложение и (или) произведя исполнение (конклюдентный акцепт), либо по одной из теорий реализовав предоставленное должником право произвести исполнение кредитору, прекращает свое обязательство. Если бы в названных условиях имела место суброгация, то третье лицо неосновательно получило бы требование к должнику, превратившись из его должника в его кредитора, а должник из кредитора третьего лица превратился бы в его должника. Это привело бы к аномальному искажению сбалансированного имущественного положения всех трех лиц, которое имеет место и без всякой суброгации. Иными словами, здесь нет необходимости в выравнивающем действии суброгации, поскольку выравнивать нечего.

Если между третьим лицом и должником заключен договор **займа**, то передача суммы займа по условиям соглашения или по указанию заемщика его кредитору приводит к прекращению обязательства должника перед кредитором и возникновению у займодавца покровного требования к заемщику о возврате займа; к отношениям сторон применяются условия договора займа. Такие договоры заключаются в тех случаях, когда должник намеревается за счет суммы займа расчитаться со своим кредитором. Вместо того чтобы получить сумму

¹ См., например, определения СКЭС ВС от 30 марта 2017 г. № 306-ЭС16-17647; от 25 мая 2017 г. № 306-ЭС16-19749; п. 15 Обзора судебной практики ВС № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС 12 июля 2017 г.).

займа самому и передать ее своему кредитору, займодавец направляет ее напрямую кредитору заемщика (п. 5 ст. 807 ГК). Переход права кредитора к третьему лицу (займодавцу) привел бы к неестественному удвоению требований третьего лица к должнику и лишил бы всякого экономического смысла эту модель отношений. Здесь также нет почвы для выравнивающего действия суброгации.

Такие договоры о возложении с покрытием снижают риски избыточных трансакций и издержки должника на совершение соответствующих действий.

Если между третьим лицом (дарителем) и должником заключается договор **дарения**, согласно которому третье лицо, имея *animus donandi*, погашает долг одаряемого перед кредитором, по терминологии ГК имеет место освобождение одаряемого от имущественной обязанности перед третьим лицом (п. 1 ст. 572 ГК), который в рассматриваемом контексте является кредитором одаряемого. Суброгация привела бы к противоречию с дарственной каузой и требовала бы заключения еще одного, никому не нужного договора о прощении долга дарителем, неожиданно превратившимся из должника в кредитора. Одаряемый сильно удивился бы, узнав от законодателя, что вместо дара он получил долг. Возможно, терминологически отнесение дарения к возложению с покрытием может показаться необоснованным, но на самом деле если покрытие не понимать сугубо меркантильно, то третье лицо (даритель) также имеет покрытие, поскольку удовлетворяет свою потребность в проявлении альтруизма.

Все другие договоры между третьим лицом и должником, из которых вытекает, что интерес третьего лица в отношении издержек на исполнение тем или иным образом удовлетворяется исполнением по таким договорам, должны влечь те же последствия: третье лицо в суброгации не нуждается, а потому она не имеет места.

Пленум обоснованно избавляет наш оборот от всех этих несуразностей и нелепостей, вытекающих из буквы закона, и позволяет найти в позитивном праве опору для сделанных выше выводов. Хотя разъяснение абз. 1 комментируемого пункта и не содержит буквальной констатации отсутствия суброгации при наличии возложения с покрытием, это следует из его смысла, в том числе из соотношения абз. 1 и 2.

(б) Текстуально правовая позиция, телеологически редуцирующая дефектную норму закона, содержится в абз. 1 комментируемого пункта. Ее редакция требует некоторого уточнения и корректного восприятия. Из рассматриваемого разъяснения следует, что сам факт возложения означает наличие последствий исполнения обязательства за должника

третьим лицом, установленных в соглашении между ними. Это вытекает из его структуры: «Если исполнение обязательства было возложено, то... последствия... регулируются соглашением...». На самом деле причина и следствие здесь расположены в ином порядке. Если соглашение между кредитором и должником о возложении регулирует последствия исполнения обязательства третьим лицом за должника, то к третьему лицу права кредитора по суброгации не переходят.

Потребности гражданского оборота демонстрируют востребованность таких разновидностей возложения, которые по принципу дихотомии могут быть разделены надвое таким образом: возложение с покрытием и **возложение без покрытия**. Первая разновидность возложения описана в предыдущем пункте комментария. Вторая разновидность соглашения о возложении характеризуется тем, что оно регулирует отношения сторон, устанавливая главным образом определенные обязанности третьего лица. Третье лицо соглашается исполнить обязательство за должника в расчете на суброгацию, имея в этом последствии тот или иной законный интерес. Должник же заинтересован в том, чтобы третье лицо произвело надлежащее исполнение, которое соответствует условиям его обязательства с кредитором (в надлежащий срок, в предусмотренном месте, в определенной валюте и т.п.). Такое соглашение также может регулировать последствия соответствующего исполнения, например, предусматривать ту или иную ответственность третьего лица за просрочку или иное ненадлежащее исполнение. Но главная особенность данного вида возложения заключается в том, что оно не предусматривает никакого непосредственного предоставления третьему лицу от должника за счет имущества последнего по этому соглашению. Интерес третьего лица заключается в суброгации, за счет которой оно и рассчитывает возместить свои издержки на исполнение обязательства за должника. Иными словами, предоставление должника предполагается, но не по соглашению о возложении, а по обязательству с первоначальным кредитором, место которого в силу суброгации займет третье лицо. Основанием суброгации является не сделка по возложению, а названное в законе обстоятельство перехода права *ipso jure* — исполнение третьим лицом обязательства должника. Такое же последствие наступает и при исполнении обязательства третьим лицом без возложения.

Следовательно, комментируемое разъяснение нельзя воспринимать в том смысле, что всякое возложение исполнения обязательства должником на третье лицо означает отсутствие оснований для суброгации. Последнему соответствует только возложение с покрытием. Возложение

без покрытия влечет суброгацию, как следствие исполнения обязательства третьего лица в пользу кредитора должника. Упрощенно говоря, идея такова: есть покрытие – нет суброгации, нет покрытия – есть суброгация.

Дифференциация возложения с покрытием и возложения без покрытия имеет правовое значение не только для правильного определения соответственно отсутствия или наличия оснований для суброгации, но и в других аспектах, например, при оспаривании соответствующих действий по специальным основаниям, предусмотренным законодательством о банкротстве. В судебной практике такое разграничение обоснованно проводится¹. Исполнение обязательства должника на основании возложения без покрытия прав других кредиторов должника не нарушает, поскольку влечет только перемену лица в обязательстве – место первоначального кредитора занимает третье лицо, хотя оригинальный кредитор и выигрывает от этого. Но это происходит за счет имущества третьего лица, а не должника, а потому никакого вреда другим кредиторам должника не причиняет. Такая же картина наблюдается, когда кредитор получает удовлетворение от поручителя и последний в силу суброгации (п. 1 ст. 365 ГК) встает на место кредитора.

Поскольку названная дифференциация не проведена в законе должным образом и выводится только аналитически, а также учитывая наличие судебных ошибок по данной категории споров, сторонам соглашения о возложении следует предельно ясно определять каузу возложения. Это особенно актуально для возложения без покрытия, в котором мотив третьего лица в отношении суброгации лучше ввести в каузу соглашения о возложении без покрытия, обозначив, что оно производит исполнение за должника в расчете на переход к нему права кредитора по обязательству с должником.

Хотя Пленум постулирует, что соглашением между должником и третьим лицом регулируются только **последствия** исполнения обязательства третьим лицом, это надо воспринимать корректно, учитывая цели, которые преследует разъяснение.

Интересно отметить, что первоначальный проект Постановления содержал иную редакцию абз. 1. Предусматривалось, что если между должником и третьим лицом заключено соглашение, на основании которого третье лицо произвело исполнение кредитору за должника

¹ Ср., например, определения СКЭС ВС от 24 января 2019 г. № 305-ЭС16-6318 (9) и от 22 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-13952 (2).

(**возложение**), последствия такого исполнения в отношениях между третьим лицом и должником регулируются этим соглашением. Его изменение, несмотря на некоторые недостатки новой редакции, оправданно. Из приведенного текста можно было бы сделать вывод, что понятие возложения охватывает как соглашение между должником и третьим лицом, так и само исполнение обязательства третьим лицом. Тем самым смешивались различные отношения: между должником и третьим лицом и между третьим лицом и кредитором. Кроме того, в действующем разъяснении нет такого упоминания о соглашении между должником и третьим лицом, которое указывает на то, что названное соглашение является основанием исполнения обязательства за должника. В этом суждении нет ошибки, но оно могло бы спровоцировать ненужные спекуляции относительно отпадения этого основания. В контексте цели разъяснения, а именно обоснования отсутствия суброгации в таком случае, указание на то, что соглашение является основанием исполнения обязательства, является излишним, а потому его исключение обоснованно.

(в) Как уже отмечалось, при наличии законного интереса в исключение из общего правила правопорядок должен допустить обоснованную интервенцию третьего лица в чужое обязательственное отношение. В таких случаях третье лицо может исполнить обязательство за должника по собственной инициативе (*proprio motu*), т.е. без возложения.

Коль скоро право ставит законный интерес третьего лица выше приватности обязательства, такое лицо, понеся издержки на исполнение, также вправе рассчитывать на их возмещение за счет должника. Последний не должен обогащаться за счет третьего лица, освободившись от своего долга. Теоретически интерес третьего лица по возмещению расходов на исполнение мог бы удовлетворяться установлением в правопорядке правила о регрессном требовании третьего лица к должнику либо кондиционным требованием, если усмотреть здесь неосновательное обогащение должника. Но такие законодательные решения имеют тот недостаток, что во многих случаях права третьего лица были бы хуже защищены, поскольку договорный иск по обязательству должника обычно дает больше возможностей. Кроме того, следует учитывать также и правовое положение должника, правовая позиция которого изменилась бы, если бы он отвечал перед третьим лицом не по тому обязательству, которое принял на себя. Поэтому правопорядок выбирает иное решение.

Юридическим средством возмещения понесенных на исполнение издержек третьего лица за счет должника является **суброгация**, т.е. пере-

ход прав кредитора в силу закона третьему лицу. А еще точнее говорить о замене кредитора в обязательстве с должником.

Приведенные суждения соответствуют разъяснению Пленума в первом предложении абз. 2 комментируемого пункта. Из п. 5 ст. 313 ГК Пленум делает вывод о переходе прав кредитора к третьему лицу. Для такого перехода требуется наличие сложного фактического состава, состоящего из двух элементов, названных в разъяснении: 1) отсутствие соответствующего соглашения между третьим лицом и должником, а также 2) исполнение обязательства должника третьим лицом.

Обозначая соглашение, отсутствие которого имеет правовое значение для суброгации, Пленум использует выражение «такое соглашение», имея в виду предыдущий абзац. С учетом обоснований, приведенных выше, под этим договором следует понимать соглашение о **возложении с покрытием**, а не всякое соглашение о возложении. Именно его отсутствие должно повлечь суброгацию, если третье лицо исполнит обязательство должника. Кроме того, если в правопорядке укоренится упоминавшаяся ранее теория, согласно которой при переадресации отношения могут возникать не на основании договора, а вследствие одностороннего предоставления должником третьему лицу права исполнить обязательство в адрес кредитора, то надо будет отдельно учитывать и этот случай. Переадресация и суброгация несовместимы.

Таким образом, Пленум обоснованно исправляет законодательную ошибку, ограничительно толкуя п. 5 ст. 313 ГК о переходе прав кредитора к третьему лицу, который имеет место не во всяком случае исполнения обязательства третьим лицом за должника, а только тогда, когда между ними отсутствует отношение покрытия.

Вслед за законодателем Пленум указывает, что права кредитора переходят к третьему лицу в соответствии со ст. 387 ГК. В этом законоположении данный случай перехода прав буквальным образом не установлен. Он подпадает под подп. 5 п. 1 ст. 387 ГК, предусматривающий переход прав в силу закона в других случаях, предусмотренных законом. Ссылка в п. 5 ст. 313 ГК на ст. 387 ГК сделана для того, чтобы обозначить переход права именно на **основании обстоятельств, указанных в законе**, а не на основании соглашения об уступке права. Для перехода прав кредитора к третьему лицу никакого соглашения об уступке права между ними не требуется. Хотя отсылочный метод — не самая лучшая юридическая техника, ибо получается закольцованная отсылка: п. 5 ст. 313 ГК отсылает к подп. 5 п. 1 ст. 387 ГК, который

в свою очередь отсылает к закону, т.е. обратно к п. 5 ст. 313 ГК. Вырваться из этого логически бессмысленного круга можно, лишь поняв указанную цель законодателя.

(г) Суброгация представляет собой один из видов сингулярного правопреемства. Переход права подчиняется применимым правилам о перемене лиц в обязательстве гл. 24 ГК. Исполнение обязательства третьим лицом охватывает не только отношения между третьим лицом и кредитором, но влечет изменения в структуре обязательства по субъектному составу, а потому затрагивает соответствующие интересы должника, которые надлежит соблюдать.

Согласно п. 3 ст. 382 ГК, если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу. Пленум в точности цитирует данный пункт статьи, соответственно, во втором и третьем предложениях абз. 2 комментируемого пункта Постановления, ничего не добавляя к этому. Видимо, этот дидактический прием предпринят для того, чтобы акцентировать риски, возникающие у третьего лица, исполнившего обязательство за должника, которые характерны именно для случая отсутствия соглашения о возложении.

Действительно, такие риски у третьего лица возникают и, более того, они усугубляются по сравнению с уступкой требования. Дело заключается в том, что цессионарий в рамках своего договорного взаимодействия с цедентом может предпринять соответствующие меры, снижающие риски, связанные с уведомлением должника. Он может договориться с цедентом, возложив на него обязанность по надлежащему уведомлению должника, или он может договориться о выдаче цедентом подписанного им письменного уведомления. Последнее позволит цессионарию самому управлять названными рисками, направив уведомление в должное время. Третье лицо не состоит с кредитором в договорном отношении, а потому его возможности по обеспечению надлежащего уведомления должника ограничены. Конечно, третье лицо, предлагая исполнение кредитору, может испросить у него выдачу письменного уведомления должника о переходе права, но кредитор может повести себя оппортунистически, в том числе опасаясь выдать его заранее, не получив еще исполнения. После исполнения обязательства третьим лицом кредитор утрачивает имущественный интерес в коммуникации с третьим лицом.

Согласно абз. 1 п. 1 ст. 385 ГК уведомление должника о переходе права имеет для него силу независимо от того, первоначальным или новым кредитором оно направлено. В абз. 2 п. 1 данной статьи установлено, что должник вправе не исполнять обязательство новому кредитору до представления ему **доказательств перехода** права к этому кредитору, за исключением случаев, если уведомление о переходе права получено от первоначального кредитора.

Казалось бы, это законоположение дает возможность третьему лицу, независимо от действий кредитора, самостоятельно уведомить должника о переходе права, предъявив ему доказательства исполнения его обязательства, например, в виде платежного документа, подтверждающего такое исполнение. Но это осложняется данным Пленумом разъяснением в другом Постановлении. Если уведомление об уступке направлено должнику новым кредитором, то должник, согласно абз. 2 п. 1 ст. 385 ГК, вправе не исполнять ему обязательство до **получения подтверждения от первоначального кредитора**. При непредставлении такого подтверждения в течение разумного срока должник вправе исполнить обязательство первоначальному кредитору¹. Как видно, Пленум основывает свое суждение именно на той норме, в которой указывается на представление соответствующих доказательств, но они в разъяснении не упоминаются. Напротив, Пленум трактует о надлежащем уведомлении от первоначального кредитора, а не о каких-либо доказательствах перехода права. Это создает впечатление, что применяется метод телеологической редукции нормы, отвергающий допустимость уведомления должника новым кредитором с представлением соответствующих доказательств перехода права, если не сказать, что это метод *contra legem*. При таком подходе надлежащим уведомлением является только такое письменное уведомление, которое подписано первоначальным кредитором.

Обоснованность такой редукции законодательной нормы вызывает сомнения. Надо полагать, законодатель потому и установил альтернативный метод уведомления должника новым кредитором с представлением доказательств перехода права, имея в виду случаи, когда с уведомлением первоначальным кредитором могут возникать затруднения. Рассматриваемый случай суброгации как раз иллюстративен. Было бы несправедливым лишить нового кредитора юридических средств фактической реализации своего права, если интересы должника соблюдаются представлением доказательств перехода права.

¹ См. абз. 2 п. 20 Постановления от 21.12.2017 № 54.

Конечно, кто-то может указать на риски фальсификации названных доказательств, но это слабый аргумент, поскольку фальсифицировать можно все что угодно, включая уведомление первоначального кредитора.

В сложившейся ситуации третьему лицу следует предпринять организационные меры по получению письменного уведомления кредитора при производстве ему исполнения за должника. Если кредитор такого уведомления не выдаст, третьему лицу останется лишь уповать на принцип добросовестности, применимость которого к описанной ситуации не имеет пока официального подтверждения в судебной практике.

Конечно, третье лицо в случае реализации соответствующего риска не остается совсем без защиты. Если должник, не получив надлежащего уведомления от первоначального кредитора, исполнит обязательство последнему, согласно п. 2 ст. 387 и п. 3 ст. 389.1 ГК он будет обязан передать все полученное от должника третьему лицу. Но в такой ситуации третье лицо подвергается риску неисполнительности и несостоятельности кредитора. Поэтому предпочтительным решением для правопорядка все же является допущение уведомления должника в исключение из общего правила третьим лицом, исполнившим обязательство, с представлением надлежащих доказательств перехода права.

(д) Опрометчивый отказ законодателя от установления положения, согласно которому вторжение третьего лица в чужое обязательство допускается только при наличии у него законного интереса, не преминул сказаться негативным образом на практике. Когда любое третье лицо получает право исполнить денежное обязательство должника только по причине просрочки его исполнения, поле для злоупотребления этим правом значительно расширяется. Получается, что третье лицо не нуждается в объяснении своих действий наличием законного интереса, ибо ему достаточно формально сослаться на факт просрочки, обосновав, что оно действует в своем праве.

При такой законодательной норме Пленуму ничего не остается, кроме как встать на защиту кредитора и должника от недобросовестной интервенции в их обязательственное отношение третьего лица, используя ст. 10 ГК. Как и со всяким другим случаем нарушения принципа добросовестности, сложность состоит в том, что очертить границы недобросовестной интервенции оказывается непросто. Это влечет крайне высокий уровень неопределенности пределов исполнения обязательства третьим лицом. Указание Пленума на случаи, когда третье лицо

действовало **недобросовестно**, исключительно с **намерением причинить вред** кредитору или должнику по этому обязательству, мало что дает. Чуть больше ясности вносит приведенный им пример недобросовестного «перехвата голосов» для целей участия в деле о банкротстве. Пленум берет для иллюстрации случаи, когда третье лицо исполняет за просрочившего должника только основной долг, но не погашает финансовые санкции. Хотя и этот критерий едва ли может претендовать на универсальность. Приведем пример. Допустим, субарендатор, опасаясь расторжения договора аренды и осознавая высокую степень правовой неопределенности при реализации своего права на заключение договора аренды (п. 1 ст. 618 ГК), исполняет обязательство арендатора по двум просроченным арендным платежам. Представляется, что необоснованно поставить в такой ситуации в упрек субарендатору его нежелание погашать финансовые санкции.

Невозможность формализации границ дозволенной интервенции третьего лица влечет ожидаемые последствия: каждый случай рассматривается индивидуально, и без наличия руководящего принципа или критерия практике не удастся сформулировать ясные ориентиры для названных границ. В каких-то случаях «перехват голосов» рассматривается как допустимый, а в каких-то, напротив, как злоупотребление¹.

Последствием квалификации действий третьего лица в качестве злоупотребления права является **признание перехода прав кредитора к третьему лицу несостоявшимся**. Установление Пленумом такого последствия не снабжается его правовой квалификацией — является ли этот несостоявшийся переход следствием признания сделки по исполнению обязательства третьим лицом недействительной или это последствие *sui generis*. В пользу последнего говорит разъяснение абз. 4 п. 20 Постановления, согласно которому признание несостоявшимся перехода права является юридическим фактом, влекущим неосновательное обогащение кредитора, а не реституцию. Такое решение, видимо, обуславливается тем обстоятельством, что констатация злоупотребления правом может иметь место при рассмотрении различных споров в рамках дела о банкротстве (при рассмотрении обоснованности заявления о признании должника несостоятельным, при рассмотре-

¹ См., например, определения СКЭС ВС от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049; от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658; от 13 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8619; от 25 января 2017 г. № 305-ЭС16-15945; от 22 мая 2017 г. № 304-ЭС17-1258; от 26 марта 2018 г. № 305-ЭС17-18572; от 29 марта 2018 г. № 307-ЭС17-18665; от 24 сентября 2018 г. № 305-ЭС18-9640.

нии вопроса о включении требования кредитора или третьего лица в реестр требований кредиторов и т.д.), тогда как оспаривание сделки третьего лица в рамки рассмотрения указанных споров не укладывается. Впрочем, по модели известной пары (ст. 10 и ст. 168 ГК) сделка, основанная на злоупотреблении правом, может признаваться ничтожной, что открывает возможность для квалификации отношения как реституционного.

(е) В абз. 4 (последнем) комментируемого пункта Пленум обращает внимание судов на специальные правила исполнения обязательства несостоятельного должника в соответствующих процедурах банкротства, что было отмечено при первоначальном рассмотрении проекта Постановления¹. После введения первой процедуры в деле о банкротстве действие общих норм ст. 313 ГК вымещается специальным регулированием по принципу *lex specialis derogat generali*. Стало быть, концепция защиты соответствующих интересов на основании принципа добросовестности здесь не применяется, поскольку речь идет о нарушении закона, если третье лицо производит исполнение в противоречии с названными Пленумом статьями.

Ограничение законом исполнения обязательства третьим лицом, которое, по мнению Пленума, распространяется на случаи исполнения обязательства третьим лицом без возложения, может вызывать сомнения. Дело в том, что суброгационное последствие такого исполнения прав других кредиторов не затрагивает. Первоначальный кредитор заменяется новым кредитором, размер притязания которого не может увеличиться в процессе правопреемства. Первоначальный кредитор получает удовлетворение не за счет имущества должника, а за счет имущества третьего лица, на которое другие кредиторы права не имеют. Фактически первоначальный кредитор получает удовлетворение, тогда как другие кредиторы продолжают нести риск неполучения удовлетворения по своим требованиям к должнику, что по внешней видимости может создавать впечатление предпочтительного удовлетворения требования кредитора. Но в действительности это не так, ведь такое удовлетворение получается им не за счет имущества должника. Кроме того, кредитор мог бы просто уступить требование третьему лицу за плату, равную его исполнению, и наступило бы последствие замены кредитора, тождественное суброгации после исполнения обязательства третьим лицом. Если уступка допускается, то исполнение обязательства третьим лицом с последствием суброгации нет смысла ни запрещать,

¹ См.: <https://www.youtube.com/watch?v=mf9wU8wD3js>.

ни ограничивать, поскольку точно такое же последствие может быть достигнуто иными юридическими средствами. Естественно, отдельно надо поставить случаи, когда третье лицо исполняет обязательство должника без покрытия лишь по внешней видимости. Судебная практика выявляет феномен **скрытого от суда договора о покрытии**, и в таких случаях суброгация не признается¹.

Интересно отметить, что исполнение обязательства третьим лицом при возложении без покрытия не считается нарушением прав кредиторов, а в его оспаривании по специальным основаниям, предусмотренным законодательством о банкротстве, отказывают². Было бы странным, что те же действия, совершенные после введения первой процедуры несостоятельности, оказались бы недопустимыми. Ведь и в том и в другом случае для иных кредиторов должника наступают одинаковые последствия. Получается, что установленный законодательный запрет исполнения обязательства третьим лицом имеет функциональное значение только для предотвращения «перехвата голосов».

Пленум указывает, что специальное регулирование установлено **по отношению к п. 2 ст. 313 ГК**. На самом деле по букве закона даже при возложении исполнения на третье лицо специальный порядок после введения первой процедуры должен соблюдаться. Более того, для этого имеется больше оснований, поскольку возложение само по себе может обременять несостоятельного должника.

(ж) Обоснованно редуцировав первое предложение п. 5 ст. 313 ГК, Пленум обошел вниманием важную новеллу, содержащуюся во втором предложении данного пункта. Она предусматривает, что если права кредитора по обязательству перешли к третьему лицу в части, они не могут быть использованы им в ущерб кредитору, в частности, такие права не имеют преимуществ при их удовлетворении за счет обеспечивающего обязательства или при недостаточности у должника средств для удовлетворения требования в полном объеме. Эта идея имеет давнюю европейскую традицию и по неизвестному нам историческому недоразумению до недавнего времени оказалась не востребованной в российской юриспруденции. Исторически ее возврат в современное российское право сначала обнаружился в арбитражной практике применительно к поручительству. Прежнее разъяснение для арбитражных

¹ См. п. 5 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС 29 января 2020 г.). См. также п. 15 Обзора судебной практики ВС № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС 12 июля 2017 г.).

² См.: Определение СКЭС ВС от 22 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-13952 (2).

судов предусматривало такую правовую позицию. Судам необходимо принимать во внимание обеспечительный характер обязательства поручителя. Поэтому поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение (например, препятствовать обращению взыскания на предмет залога и т.п.). Кредитор, напротив, может самостоятельно осуществлять свои права в отношении остальной части своего требования преимущественно перед поручителем¹.

Впоследствии законодатель отчасти последовал этой правовой позиции, установив в п. 4 ст. 364 ГК, что поручитель, который приобрел права созалогодержателя или права по иному обеспечению основного обязательства, не вправе осуществлять их во вред кредитору, в том числе не имеет права на удовлетворение своего требования к должнику из стоимости заложенного имущества до полного удовлетворения требований кредитора по основному обязательству. Новейшая судебная практика продолжает поддерживать это направление².

Недостаток приведенного законодательного решения для поручительства заключается в необоснованном сужении правовой позиции судебной практики. Как видно, норма устанавливает преимущество оригинального кредитора только в отношении обеспечения, а преимущество в отношении должника оказалось потерянным. Важно отметить, что идея *nemo subrogat contra se* (никто не передает права в ущерб себе) в п. 5 ст. 313 ГК проведена в полном объеме. Иными словами, оригинальный кредитор имеет преимущество перед суброгационным кредитором не только в отношении обеспечения, но и в их конкуренции по притязаниям к должнику.

Политико-правовые соображения, которые могли быть положены в основу данной идеи, можно отыскать в следующем. За исключением обязательств, в которых личность должника имеет значение, кредитор не имеет юридических средств остановить вторжение третьего лица в его обязательство с должником. А потому было бы справедливым установить защиту интересов кредитора, чтобы его положение как минимум не ухудшалось. В этом аспекте также обоснованно возложить на третье лицо, исполняющее обязательство лишь частично, негативные последствия этого обстоятельства, в том числе потому, что третье лицо могло и не вторгаться в чужие дела, избежав связанных с этим рисков.

¹ См. абз. 2 п. 30 Постановления № 42.

² См. п. 19 Постановления № 45.

Но рассматриваемый принцип идет дальше — он не только не допускает ухудшение положения оригинального кредитора, но и дает ему преимущество перед интервентом. Дело в том, что его действие заключается, по существу, в установлении очередности — сначала в оставшейся части удовлетворяется требование оригинального кредитора, будь то за счет обеспечения или за счет имущества должника, и только затем удовлетворяется требование интервента (суброгационного кредитора). Это можно объяснить тем, что третье лицо, которое в собственном интересе вторглось в чужое дело, справедливо обязать к вознаграждению оригинального кредитора (за интервенцию приходится платить). Это в известной степени является сдерживающим фактором для третьих лиц, которые должны быть готовы к преимуществу оригинального кредитора, если не удовлетворяют его требование сполна. Третье лицо может договориться с кредитором об уступке требования в части на иных условиях, поэтому установленное правом порядком преимущество оригинального кредитора стимулирует третье лицо к поискам договорного, а не волюнтаристского преследования своего интереса.

22. Исходя из взаимосвязанных положений пункта 6 статьи 313 и статьи 403 ГК РФ в случае, когда исполнение было возложено должником на третье лицо, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства этим третьим лицом перед кредитором отвечает должник, если иное не установлено законом.

(а) Одним из оснований отступления от принципа приватности обязательства и допущения исполнения обязательства третьим лицом выступает представление о том, что положение кредитора не ухудшается. Этим, в частности, объясняется запрет навязывания кредитором предоставления третьим лицом по обязательству со строго личным исполнением (п. 3 ст. 313 ГК). Возложение исполнения обязательства не представляет собой случая перемены лица в обязательстве, ибо **не является переводом долга** (ст. 391 ГК)¹. Даже если кредитор уведомлен должником о возложении исполнения обязательства на третье лицо, кредитор не имеет к последнему права требования. Таким образом, предоставление третьего лица является *in solutionem*, но не *in obligationem*, т.е. оно является предметом исполнения, но не предметом обязательства. Долг продолжает лежать на должнике.

¹ См. п. 12 Информационного письма № 65.

При реформировании ГК законодатель допустил грубую ошибку, поскольку приведенные теоретические соображения, лежащие на поверхности, не были учтены. Согласно п. 6 ст. 313 ГК, если третье лицо исполнило обязанность должника, не являющуюся денежной, оно несет перед кредитором установленную для данного обязательства ответственность за недостатки исполнения **вместо должника**.

Получается, что, приняв исполнение неденежного обязательства от третьего лица, кредитор получает замену должника в обязательстве. При этом на практике в соответствующих случаях кредитору затруднительно распознать сам факт исполнения обязательства третьим лицом, например при доставке товара. Сингулярная замена должника в обязательстве без согласия кредитора — дело совершенно немыслимое, поскольку напрочь игнорирует право должника состоять в обязательстве с определенным лицом и рассчитывать на его ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения. При таком подходе недобросовестный должник мог бы возложить исполнение на подставное третье лицо, чтобы избежать возможной ответственности. Всякий такой субъект был бы способен легко уйти от ответственности по неденежному обязательству, что сделало сами такие обязательства рискованным предприятием для каждого кредитора.

(б) Пленум обоснованно исправляет эту ошибку, применяя метод системного толкования норм гражданского права. Согласно ст. 403 ГК должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо. Пленум хотя и меняет формулировку в отношении исключения из общего правила сохранения ответственности должника, указывая: **если иное не установлено законом**, это недостаточно устраняет почву для спекуляций. Ведь кто-то может считать, что иное как раз и предусмотрено п. 6 ст. 313 ГК. Но из контекста разъяснения становится понятно, что это не так, иначе разъяснение не найдет своего применения. Несмотря на то, что Пленум прямо указывает на применение метода систематического толкования («Исходя из взаимосвязанных положений...»), его результат равнозначен толкованию *contra legem*, поскольку закон неверно говорит, что третье лицо отвечает вместо должника, а Пленум верно говорит, что отвечает должник.

(в) Можно выдвинуть версию, что п. 6 ст. 313 ГК является неудачным воплощением попытки урегулировать такой маргинальный случай, когда третье лицо исполняет неденежное обязательство должника

по собственной инициативе, т.е. без возложения. Быть может, указание на это последнее обстоятельство просто оказалось по какому-то недоразумению утраченным в тексте нормы. Пленум не касается этого вопроса, возможно, в силу его незначительной актуальности.

Едва ли такие случаи могут иметь широкое распространение, являясь юридическими редкостями. Дело в том, что достаточно нереалистичной видится такая ситуация, когда какое-то третье лицо узнало об условиях обязательства кредитора и должника, учинило исполнение по собственному побуждению именно за должника без возложения и исполнение оказалось с недостатками. Стечение всех этих факторов, конечно, возможно, но практика свидетельствует, что массового распространения таких случаев не наблюдается. Стало быть, перед нами случай скорее атипичный, чем типичный, тогда как кодификации заслуживают именно последние, иначе ГК рискует превратиться в сборник диковинок и аномалий.

Обосновать собственную ответственность третьего лица в подобном казусе можно было бы, представив, что между кредитором и третьим лицом сложились собственные обязательственные отношения, а потому третье лицо на самом деле само является должником и отвечает за недостаток исполнения. Но это никакого отношения к исполнению обязательства третьим лицом не имеет. Скорее речь пойдет о вступлении третьего лица в такое же обязательство, как и у должника, но это другое обязательство. Такое явление наблюдается при заключении замещающей сделки, что также к исполнению обязательства третьим лицом не имеет никакого отношения.

Если кредитор, не обязанный проверять наличие возложения, разумно полагался на то, что третье лицо предлагает неденежное исполнение по воле должника или в его интересе, но потом оказалось, что факт возложения доказать не удастся, он должен иметь право отказаться принимать такое исполнение или вернуть третьему лицу полученное и оставаться связанным обязательством с должником. Следовательно, последний не освобождается от обязательства с кредитором, но и не несет ответственности за исполнение с недостатками, поскольку он не возлагал исполнение на третье лицо и оно действовало на свой страх и риск. Если кредитор претерпел убытки от действий третьего лица, например, понес напрасные расходы на принятие исполнения с недостатками, третье лицо должно возместить убытки кредитора, поскольку неправомерно вторглось в чужое обязательственное отношение. Например, если третье лицо *proprio motu* передает покупателю больных животных и последний по предписанию властей вынужден

забить как этих животных, так и заразившихся от них своих животных, то третье лицо обязано возместить весь причиненный вред. При этом в состав этого вреда цена переданных животных не входит, поскольку должник продолжает оставаться обязанным к их передаче. Если же в этих условиях окажется, что возложение имело место, то должник отвечает за действия третьего лица, а в части причинения вреда можно обсуждать солидарную ответственность третьего лица вместе с должником по договору.

23. По смыслу пункта 1 статьи 314 ГК РФ, статьи 327.1 ГК РФ срок исполнения обязательства может исчисляться в том числе с момента исполнения обязанностей другой стороной, совершения ею определенных действий или с момента наступления иных обстоятельств, предусмотренных законом или договором. Если действия кредитора, совершением которых обусловлено исполнение обязательства должником, не будут выполнены в установленный законом, иными правовыми актами или договором срок, а при отсутствии такого срока - в разумный срок, кредитор считается просрочившим (статьи 328 или 406 ГК РФ).

Например, начальный и конечный сроки выполнения работ по договору подряда (статья 708 ГК РФ) могут определяться указанием на уплату заказчиком аванса, невнесение которого влечет последствия, предусмотренные статьей 719 ГК РФ.

Если наступлению обстоятельства, с которым связано начало течения срока исполнения обязательства, недобросовестно воспрепятствовала или содействовала сторона, которой наступление или ненаступление этого обстоятельства невыгодно, то по требованию добросовестной стороны это обстоятельство может быть признано соответственно наступившим или ненаступившим (пункт 1 статьи 6, статья 157 ГК РФ).

(а) В гражданском праве принято разграничивать два таких юридических феномена, как **условие** (*conditio*) и **срок** (*dies*). Последней главным образом призван вносить в правоотношения сторон определенность по темпоральному аспекту. Согласно ст. 190 ГК срок в гражданском праве может определяться тремя способами, а именно указанием на: 1) дату, 2) период времени, 3) событие, которое должно неизбежно наступить. Условие, напротив, призвано приспособить отношение к таким обстоятельствам, относительно которых неизвестно, наступят они или нет. Срок наступает всегда, а условие – не всегда.

Получается, что установление срока добавляет правоотношению определенности, а условие, наоборот – неопределенности. На первый

взгляд может показаться, что соединение условия и срока, имеющих такое разнонаправленное действие, является алогичным и должно повлечь внутреннее противоречие. Однако практика показывает, что в определенных областях тандем условия и срока оказывается чрезвычайно востребованным и широко распространенным, хотя еще встречаются случаи, когда такие договоренности считаются противоречащими ст. 190 ГК¹.

В обязательственном праве соединение срока исполнения обязательства с условием таким образом, что срок исчисляется с момента наступления условия, приводит к такой разновидности срока исполнения обязательства, как **отлагательно-обусловленный срок**.

До реформы ГК закону не было известно общее установление об отлагательно-обусловленном сроке. Однако на практике договорные обязательства повсеместно содержали такое положение. Особенно характерна эта договорная техника для синаллагматических обязательств. Так, например, в договорах подряда часто предусматривается, что работы подлежат выполнению подрядчиком в определенный период после выдачи заказчиком аванса. Таким образом, срок исполнения обязательства по выполнению работ одной стороны обуславливается действием другой стороны по исполнению ее обязанности. Другой пример: договор поставки предусматривает, что товар должен быть поставлен в определенный период после предоставления покупателем независимой гарантии в обеспечение исполнения обязательства по оплате товара.

Если сравнить приведенные договорные условия с другим хрестоматийный случай — условием о доставке груза в определенный период после открытия навигации, то несложно заметить их различие. Данный срок исполнения обязательства, хотя и соединен по видимости с условием, но оно, представляя собой событие, обладающее свойством неизбежности наступления, укладывается в предписания ст. 190 ГК. Здесь возникает неопределенность иного рода. Речь не идет о том, наступит условие или нет, а только лишь о том, когда оно наступит. Следовательно, перед нами не подлинное условие, а срок, ибо он в любом случае наступит.

Вышеприведенные и подобные примеры отлагательно-обусловленного срока характеризуются тем, что условием в них выступает **действие стороны** обязательства. Поскольку речь идет о действии лица, обладающего свободой воли, о неизбежности его совершения говорить не при-

¹ См., например, Определение СКГД ВС от 24 апреля 2018 г. № 117-КГ18-19.

ходится. В отношении действия лица всегда имеется неопределенность, поскольку никогда не известно, будет ли оно совершено или нет.

(б) Всякая подлинная отлагательная обусловленность, т.е. когда неизвестно, наступит условие или нет, порождает юридический феномен **подвешенности** отношения сторон (*conditio pendet*), что ввергает их в состояние неопределенности. Физический феномен времени объективным образом порождает перманентную неопределенность будущего. Участники гражданского оборота стремятся избегать неопределенности, тем более продолжительной, ибо это расходится с их интересами. *Conditio pendet* создает угрозу вечной подвешенности (*conditio pendet perpetuum*), но правопорядок, учитывая интересы участников гражданского оборота, стремится пресечь состояния вечной подвешенности. Они для гражданского права нежелательны.

Сложность заключается в том, что многообразие состояний подвешенности, которые возникают вследствие всякой отлагательной обусловленности, не позволяет установить единый метод их прекращения. Каждый раз приходится определять соотношение интересов сторон и применять тот или иной юридический способ выхода из состояния подвешенности, приравнивая его к целям соответствующего отношения. Позитивное право, устанавливая те или иные эффекты обусловленности, зачастую не предусматривает никаких правил окончания *conditio pendet*, в чем легко убедиться, попытавшись отыскать их, например, в ст. 157, п. 1 ст. 314, ст. 327.1 ГК. Хорошо если стороны сами позаботятся об устранении неопределенности в своем соглашении, но правопорядок не может положиться на то, что все будут такими предусмотрительными.

Отлагательно-обусловленный срок также может приводить к состоянию подвешенности, поскольку если условие, к которому присоединяется период, не наступает, то и срок исполнения обязательства не наступает. Здесь и открывается нежелательная потенция вечной подвешенности.

Согласно п. 1 ст. 314 ГК отношение сторон причисляется к обязательствам с определенным сроком исполнения, в частности, когда им предусматривается период, в течение которого оно должно быть исполнено, в том числе если этот период исчисляется **с момента исполнения обязанностей другой стороной** или **наступления иных обстоятельств**, предусмотренных законом или договором.

В этой статье не устанавливается никаких последствий на случай, когда названные обязанности не будут исполнены или соответствующие обстоятельства не наступят.

Арбитражная практика столкнулась с необходимостью определения метода выхода из состояния темпоральной подвешенности еще до установления в законе отлагательно-обусловленного срока. На примере договора подряда, предусматривающего период времени выполнения работ с момента уплаты заказчиком аванса, была сформулирована соответствующая правовая позиция. Она сводилась к тому, что если заказчик не совершит соответствующие действия в предусмотренный договором срок, а при его отсутствии – в разумный срок, **подрядчик вправе отказаться** от исполнения своих обязательств, существование или исполнение которых поставлено в зависимость от действий заказчика (п. 2 ст. 328 ГК). Кроме того, была поддержана сама возможность отнесения подобных договорных условий к условиям о сроке, которая могла бы быть поставлена под сомнение на основании ч. 2 ст. 190 ГК. В таком случае сроки выполнения работ считаются согласованными¹.

Таким образом, созданная сторонами подвешенность, возникающая вследствие установления в договоре отлагательно-обусловленного срока, разрешается за счет реализации секундарного права на односторонний отказ от исполнения обязательства. После этого отношения сторон переходят на ликвидационную стадию обязательства и к правоохранительной стадии. Состояние подвешенности пресекается, *conditio pendet* – отпадает.

Непосредственное применение п. 2 ст. 328 ГК именно к названному случаю с подрядом может вызывать сомнение. Дело в том, что согласно п. 1 ст. 719 ГК подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (ст. 328). При этом п. 2 ст. 719 устанавливает, что если иное не предусмотрено договором подряда, подрядчик при наличии обстоятельств, указанных в п. 1 настоящей статьи, вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

¹ См. п. 6 информационного письма Президиума ВАС от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными».

Просрочка в исполнении обязательства по уплате аванса среди обязанностей, препятствующих исполнению обязательства подрядчика, буквально образом не предусмотрена, однако их перечень является примерным. Коль скоро договором предусмотрен аванс, понятно, что подрядчик нуждается в нем для выполнения своего обязательства, ибо ему необходимо нести затраты на исполнение. Стало быть, невыплата аванса препятствует подрядчику исполнять свое обязательство.

С другой стороны, все перечисленные в п. 1 ст. 719 ГК обязанности к долгам не относятся, поскольку являются кредиторскими обязанностями, тогда как обязанность уплатить аванс не является кредиторской обязанностью, а представляет собой денежное обязательство. Впрочем, подлежит ли применению названная статья в ситуации неисполнения обязательства заказчика по выплате аванса или нет, для практики не имеет решающего значения. Подрядчик располагает правом на отказ от исполнения обязательства в любом случае – либо на основании п. 2 ст. 719 ГК, либо на основании п. 2 ст. 328 ГК. Значительно более важным является ясное определение методологии выхода из состояния подвешенности.

(в) В комментируемом пункте Пленум также предпринимает попытку разрешения подвешенности и пресечения неопределенности в отношении сторон в случае установления отлагательно-обусловленного срока, но избранная им редакция оказывается несколько неопределенной.

Для иллюстрации своего разъяснения, содержащегося в абз. 1, Пленум приводит все тот же пример с авансом по договору подряда, содержащийся в абз. 2. Но само разъяснение начинается с указания на **действия кредитора, совершением которых обусловлено исполнение обязательства должника**. Если выполнение работ подрядчика в определенный период обусловлено внесением заказчиком аванса, то это последнее действие никак нельзя назвать действием кредитора. В двустороннем обязательстве, в том числе в sinalлагматическом, каждая сторона является одновременно кредитором и должником другой стороны. Согласно п. 2 ст. 308 ГК, если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать. Для sinalлагматического обязательства термин «кредитор» неудобен, поскольку это обязательство в широком смысле. Только в обязательстве в узком смысле термины «кредитор» и «должник» применяются корректно. В подрядном обязательстве в части требования о выполнении работ заказчик

является кредитором, но в части их оплаты, в том числе посредством выдачи аванса, заказчик является должником, а не кредитором. Зачем Пленум называет должника кредитором, остается только догадываться. Вроде безобидная замена законодательного термина «другая сторона» на термин «кредитор» приводит к ошибочному описанию содержания нормы. Это наблюдается и в отношении другой терминологической подмены. Если закон трактует об обусловленности срока исполнением обязанностей другой стороной, то в разъяснении применяется термин «выполнение действий», не характерный для сложившейся терминологической традиции, которой следует законодатель.

Но дальше — больше. Даже если прийти к пониманию, что под термином «кредитор» применительно к приведенному примеру с подрядом скрывается должник, дальнейшее разъяснение приводит к недоумению. Получается, что если заказчик не выполняет обязанность по выдаче аванса в установленный срок, а при его отсутствии в разумный срок, он рассматривается **просрочившим кредитором**. При этом все это обосновывается не только ссылкой на ст. 406 ГК, посвященную просрочке кредитора, но и ссылкой на ст. 328 ГК, никакого отношения к просрочке кредитора не имеющую, что окончательно запутывает все дело. Интересно отметить, что первоначальный проект Постановления не содержал ссылки на ст. 328 ГК.

Возможно, вся эта путаница возникла из-за того, что разработчики текста разъяснения предприняли попытку одним суждением охватить два разных случая — как просрочку должника, так и просрочку кредитора (на что указывает союз «или» в нормативном обосновании). Они действительно имеют место, и оба связаны с тем, что одна из сторон обязательства не совершает соответствующего действия, вот только эти действия имеют разную юридическую характеристику.

Оставаясь в рамках все того же подряда, можно корректно рассмотреть приведенный Пленумом пример: если заказчик не исполняет обязанность по выплате аванса, он является просрочившим должником, а подрядчик имеет право отказаться от договора и потребовать возмещения убытков (п. 2 ст. 328 ГК). Если заказчик не передает подрядчику подлежащую переработке (обработке) вещь (п. 2 ст. 719 ГК), то он является просрочившим кредитором (ст. 406 ГК). Другое дело, что в этом случае подрядчик вправе не только требовать возмещения убытков в связи с просрочкой кредитора, но и в силу специальной нормы п. 2 ст. 719 ГК вправе отказаться от договора.

Возвращаясь к загадочному переименованию должника в кредитора, нужно заметить, что за этим, возможно, стоит какая-то неуло-

вимая для нас идея, поскольку это не единичный случай. Так, из обстоятельств одного дела следовало, что в договоре участия в долевом строительстве была предусмотрена валютная оговорка. Застройщик допустил просрочку в исполнении обязательства по передаче объекта долевого строительства, поэтому суд обоснованно пришел к выводу о том, что убытки участника долевого строительства, вызванные просрочкой исполнения обязательства, в том числе обусловленные изменением в этот период курса валют, должны быть отнесены на сторону, допустившую такую просрочку, а день платежа должен определяться исходя из условий договора. При этом действия застройщика были квалифицированы в качестве просрочки кредитора¹. Да, застройщик является кредитором по денежному обязательству, но в просрочку он впал как должник совсем по другому обязательству. О просрочке застройщика как кредитора можно было бы говорить, если бы ему было предложено принять платеж, а он отказался его принимать, но ничего такого в фабуле казуса не обнаруживается.

Текущая практика арбитражных судов показывает, что в большинстве случаев они не испытывают затруднения в правильном применении закона, возможно, потому, что учитывают ранее устоявшуюся уже практику, сформированную на основании приведенной в п. «б» комментария вполне корректной правовой позиции.

(г) Возвращаясь к анализу текста разъяснения, можно усмотреть, что Пленум выводит допустимость определения срока исполнения обязательства указанным им образом из **смысла** п. 1 ст. 314 и ст. 327.1 ГК. Обычно к указанию на смысл закона прибегают в том случае, когда невозможно сказать, что утверждение соответствует буквальному значению норм закона. Что касается таких модусов, как исполнение обязанностей другой стороной и наступление иных обстоятельств, то они прямо названы в п. 1 ст. 314 ГК, что касается добавленного Пленумом совершения стороной определенных действий, то и он прямо назван в ст. 327.1 ГК. Таким образом, принятое словоупотребление об извлечении из смысла норм чего-то отличного от их содержания является ложным впечатлением, ибо в этой части разъяснение в точности соответствует приведенным нормам и ничего нового не добавляет.

Новизну, пожалуй, можно усмотреть разве что в том, что за счет соединения п. 1 ст. 314 и ст. 327.1 ГК выведено, что срок исполнения обязательства может исчисляться с момента совершения другой

¹ См.: Определение СКГД ВС от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117 и п. 10 Обзора судебной практики ВС № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС 14 ноября 2018 г.).

стороной определенных действий. Однако указанное в п. 1 ст. 314 ГК наступление иных обстоятельств с очевидностью включает в себя и совершение действий.

(д) Если признать, что под действиями кредитора на самом деле понимаются действия должника (например, по уплате аванса), то обращает на себя внимание использование категории **разумного срока**. Дело в том, что вследствие реформы ГК из ст. 314 ГК исчезла эта разновидность срока исполнения обязательства должника. По букве закона, если обязательство не предусматривает и не позволяет определить срок его исполнения (п. 1 ст. 314 ГК), подлежит применению п. 2 данной статьи. Тогда следовало бы считать, что при отсутствии в обязательстве срока исполнения обязанности (например, срока уплаты аванса) кредитор вправе предъявить должнику требование, и если обязательство не будет исполнено по истечении льготного срока (по общему правилу семидневного), должник впадает в просрочку. Просрочка в исполнении предшествующего исполнения дает кредитору право отказаться от исполнения обязательства и потребовать возмещения убытков (п. 2 ст. 328 ГК). Однако ничего этого не наблюдается, а Пленум обнаруживает разумный срок для исполнения обязанности.

Действительно, в практике судов повсеместно наблюдается применение категории разумного срока для исполнения тех или иных обязанностей вместо использования правил п. 2 ст. 314 ГК. Нормативное обоснование такого подхода возможно за счет того, что обязательство **позволяет определить** разумный срок его исполнения (п. 1 ст. 314 ГК), который и обнаруживается судьями, а обязательство относится к обязательствам с определенным сроком исполнения. Рассматриваемое разъяснение, видимо, относится к этому направлению, обозначившемуся в судебной практике.

Как бы то ни было, смысл разъяснения не оставляет сомнений в том, что если соответствующая обязанность не исполнена в разумный срок, наступают последствия, определенные Пленумом, а п. 2 ст. 314 ГК в этом случае не применяется. Более того, это также означает, что просрочка должника наступает после истечения разумного срока. Это влечет применение соответствующих правил определения срока исковой давности, текущих санкций и т.п. без учета особенностей п. 2 ст. 314 ГК.

Поскольку применению категории разумного срока имманентно присущи неопределенность и высокая степень дискреции судебного усмотрения, сторонам обязательства с отлагательно-обусловленным сроком желательно определять срок совершения соответствующего

действия соглашением. Естественно, стороны могут предусмотреть иные последствия несовершения обусловленного действия или ненаступления определенного обстоятельства.

(е) Как уже упоминалось, для иллюстрации разъяснения абз. 1 комментируемого пункта Пленум обращается к случаю с авансом по договору подряда, приведенному в абз. 2. Сам по себе пример действительно представляет собой один из классических случаев установления отлагательно-обусловленного срока исполнения обязательства подрядчика, начальная дата периода, в который должны быть выполнены работы, определяется исполнением обязанности заказчика по выплате аванса. Однако суждение Пленума изложено таким образом, что требует некоторых уточнений.

Согласно п. 1 ст. 708 ГК в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы (Пленум почему-то ссылается на всю статью целиком). Структура одного из разновидностей отлагательно-обусловленного срока состоит в том, что определенный договором или законом период исполнения обязательства одной стороны исчисляется с момента исполнения обязанностей другой стороной. Если говорить об обязанности уплатить аванс, то арифметика здесь несложная: берется дата, в которую должен быть уплачен аванс, к ней прибавляется определенный законом или договором период и результат этой арифметической операции обозначает дату наступления срока исполнения обязательства, после которой должник (подрядчик) впадает в просрочку.

Пленум полагает, что начальный и конечный сроки выполнения работ по договору подряда **могут определяться указанием на уплату** заказчиком аванса. Надо понимать, что само по себе указание на уплату аванса, будь ее дата определена законом или договором либо на основании выявления разумного срока, не может определить конечный срок выполнения работ. Поэтому в разъяснении хотя и не устанавливается прямо, но, видимо, подразумевается, что договор подряда определяет период выполнения работ либо содержит конечную дату выполнения работ или позволяет ее определить. Иными словами, условие договора подряда, согласно которому работа должна быть выполнена после получения подрядчиком аванса, конечного срока не определяет. Таким образом, уплата аванса определяет только начальный срок выполнения работ и без дополнительных релевантных условий договора не способен определить весь период, обозначаемый также и конечным сроком.

Как уже отмечалось и подтверждается данным разъяснением, пример с подрядом не вполне иллюстративен для применения разъясне-

ния, призванного не допустить вечную подвешенность в отношениях сторон при отлагательно-обусловленном сроке. Это объясняется тем обстоятельством, что право подрядчика отказаться от исполнения обязательства, возможно, определяется не с помощью данного разъяснения, а может быть выведено из ст. 719 ГК, на которую и ссылается сам Пленум. Получается, чтобы обосновать названное право, не требуется обращаться ни к ст. 328 ГК, ни тем более к ст. 406 ГК, которая к этому случаю вообще не применяется. Право на отказ подрядчика от исполнения договора прямо установлено в п. 2 ст. 719 ГК. Применимость последнего к случаю невыплаты аванса, однако, неоспорна (см. п. «б» комментария).

(ж) Даже если признать, что разъяснение касается только случая, когда срок исполнения обязательства должника исчисляется с момента совершения определенного действия кредитора по исполнению кредиторской обязанности, а пример с авансом к тексту разъяснения отношения не имеет, то и в этом случае может возникать проблема для некоторых обязательств. Если в таком случае действительно обоснованно считать кредитора просрочившим, то для должника это означает, что он сам не впадает в просрочку, а кроме того, вправе требовать возмещения убытков и не платить проценты по денежному обязательству (ст. 406 ГК). Но что делать с самим обязательством? Сколько времени должник обязан состоять в обязательстве и дожидаться совершения кредитором обусловленного действия?

Статья 406 ГК о просрочке кредитора, защищая некоторые имущественные интересы должника, не предоставляет ему право на отказ от исполнения договора, между тем стороны впадают в состояние подвешенности, поскольку срок исполнения обязательства не наступает из-за бездействия кредитора, но и обязательство не прекращается. Права должника могут нарушаться, ибо он должен быть готовым приступить к исполнению, как только кредитор совершит необходимые действия.

Существенной проблемы для оборота это не представляет, поскольку на случай кредиторской просрочки большинство поименованных договоров предоставляют должнику право на отказ от исполнения договора. Можно опять вернуться к случаю с подрядом, когда заказчик не передает в установленный или разумный срок вещь, подлежащую переработке (обработке). Статья 406 ГК не позволяет подрядчику отказать от договора, он вправе только потребовать возмещения убытков. Но при существенной просрочке кредитора требуется снабдить должника юридическим средством, чтобы освободиться от связанности

обязательством. Если бы ст. 719 ГК, которая дает право подрядчику на отказ от исполнения договора, не было, возникли бы затруднения с нормативным обоснованием защиты прав должника.

Следовательно, если в законе для какого-либо поименованного договора в подобных случаях односторонний отказ должника от исполнения договора не предусматривается или речь идет о непоименованном, равно как и упомянутом, договоре, придется воспользоваться аналогией закона. Последнее означает, что ст. 406 ГК недостаёт общего правила, снабженного соответствующими исключениями, о праве должника отказаться от исполнения обязательства в случае существенной просрочки кредитора, а разъяснение Пленума в такой ситуации ничем не поможет.

(з) Отлагательно-обусловленный срок исполнения обязательства включает в свою структуру соответствующее условие. Целый ряд условий, которые используются на практике, имеют такой характер, что на их наступление или ненаступление может повлиять сторона обязательства.

В учении об условных сделках выработана методология реакции правопорядка на недобросовестное воздействие стороны сделки на обстоятельство, которым обусловлена сделка. Применительно к отлагательному условию это означает, что если наступлению условия недобросовестно препятствует сторона, которой его наступление невыгодно, условие считается наступившим. И наоборот — если наступлению условия недобросовестно содействует сторона, которой его наступление выгодно, условие считается ненаступившим (п. 3 ст. 157 ГК). Как видно, законодатель прибегает к **юридической фикции состояния условия**, при которой используется метод позитивной фикции условия, когда оно считается наступившим, и негативной фикции условия, когда оно считается ненаступившим.

(и) Обусловленность проявляется в различных формах. Под отлагательное условие может быть поставлена сделка целиком (п. 1 ст. 157 ГК) или одно либо несколько обязательств, возникших из сделки (ст. 327.1 ГК). Из абз. 1 комментируемого пункта следует, что Пленум относит феномен отлагательно-обусловленного срока к **обусловленному исполнению обязательства**, ссылаясь на ст. 327.1 ГК наряду со ст. 314 ГК. Действительно, для этого имеются основания, поскольку сделка целиком под условие не ставится, а отлагательно-обусловленный срок определяет темпоральный аспект исполнения, хотя затянувшаяся подвешенность и может привести к прекращению обязательства. Однако последнее происходит не на основании наступления условия

и не на основании фикции условия, а на основании волеизъявления соответствующей стороны согласно п. 2 ст. 328 ГК.

Квалифицировав исполнение обязательства с отлагательно-обусловленным сроком в качестве обусловленного исполнения, Пленум применяет фикцию условия к такому обязательству **по аналогии** с п. 3 ст. 157 ГК, хотя почему-то ссылается на всю статью в целом. Ясно, что п. 2 ст. 157 ГК об отменительном условии к отлагательно-обусловленному сроку не подходит. Тем самым признается, что в ст. 327.1 ГК содержится пробел в части регулирования недобросовестного влияния на условие в обусловленных обязательствах.

(к) Обязательство с отлагательно-обусловленным сроком обладает определенной спецификой, а потому применение фикции условия требует верной адаптации. Пленум считает, что недобросовестное воздействие на обстоятельство, с которым связано начало течения срока исполнения обязательства, стороны, которой наступление или ненаступление этого обстоятельства невыгодно, является основанием для применения фикции условия. По требованию добросовестной стороны это обстоятельство может быть признано соответственно наступившим или ненаступившим. При этом важно отметить, что п. 3 ст. 157 ГК использует такое словоупотребление, согласно которому условие признается наступившим, а Пленум добавляет, что такое признание может иметь место **по требованию** добросовестной стороны. Это важно, поскольку ясно показывает, что фикция наступления условия представляет собой средство защиты прав и законных интересов, а потому применяется только по воле добросовестной стороны и не может быть ей навязана судом.

Корректное применение названной фикции наблюдается в судебной практике, например, в случае когда период исполнения обязанности по уплате подрядчику суммы гарантийного удержания начинает исчисляться с момента ввода объекта в эксплуатацию, а заказчик недобросовестно препятствует этому¹. Этот подход также обоснованно применяется, когда упречные действия генерального подрядчика в его отношениях с заказчиком приводят к тому, что он не получает исполнения от последнего и пытается на основании обсуждаемого условия договора уклониться от исполнения обязательств перед своим контрагентом, исполнившим свои обязательства надлежащим образом².

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564 и п. 20 Обзора судебной практики ВС № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС 14 ноября 2018 г.).

² См.: Определение СКЭС ВС от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26475.

Приложение метода фикции наступления условия к приведенному Пленумом примеру с авансом может потребовать определенной дополнительной гармонизации. Если обязанное лицо в нарушение установленного или разумного срока не уплачивает аванс, то условие не может признаваться наступившим, поскольку это означало бы, что другая сторона становится обязанной к исполнению своего обязательства, не получив аванса.

Также может возникать вопрос для случая, когда кредитор уклоняется от принятия аванса, т.е. при просрочке кредитора. Есть ли здесь почва для применения фикции наступившего условия? Выше уже было обосновано (см. п. «ж» комментария), что просрочка кредитора должна давать должнику право на отказ от обязательства, а по некоторым договорным видам это право ему предоставлено законом. Кроме того, просрочка кредитора дает должнику право требовать возмещения убытков. Таким образом, права должника уже достаточно защищены законом и в фикции наступления условия он для реализации названных прав не нуждается. Остается вопрос с правом потребовать исполнения встречного обязательства в натуре, фингируя наступление срока исполнения обязательства стороны, уклоняющейся от получения аванса. Если обязательство имеет такой характер, что по его существу или согласно договору либо закону присуждение к исполнению обязательства в натуре не допускается¹, то и здесь фикция наступления условия обнаруживает свою дисфункцию.

Фикция наступления условия может приводить к необычным последствиям и в других случаях, в том числе когда отлагательно-обусловленный срок исполнения обязательства начинают соединять с другим феноменом — **началом срока действия** независимой гарантии. В судебной практике по этому вопросу предлагается исходить из следующего. По смыслу п. 1 ст. 157, ст. 314 и 368 ГК начало срока действия гарантии может определяться моментом совершения бенефициаром действий, относящихся к исполнению основного договора. При этом предполагается, что такие действия будут совершены бенефициаром в срок, предусмотренный основным договором, а при его отсутствии — в разумный срок. В случае если бенефициар не совершит соответствующих действий в указанные сроки, применительно к положениям п. 3 ст. 157 ГК гарантия вступает в силу в момент, когда они должны были быть совершены согласно условиям основного договора, а при отсутствии

¹ См. абз. 1–3 п. 22, абз. 1, 3 п. 23, абз. 3 п. 26 Постановления № 7.

соответствующих условий в тексте основного договора — после истечения разумного срока¹.

Нет сомнений, что срок действия независимой гарантии может быть соединен с условием, но не потому, что на него распространяется п. 1 ст. 314 ГК, а в силу автономии воли сторон, которые сами определяют, какие условия сделки их устраивают. Срок действия гарантии не является сроком исполнения обязательства. Но и применение фикции наступления отлагательного условия приводит к достаточно странному результату. Предположим, что гарантия обеспечивает обязательство по возврату неотработанного аванса подрядчиком и предусматривает вступление ее в силу с момента выдачи аванса заказчиком (бенефициаром). Если в установленный или разумный срок аванс так и не будет выдан, согласно данной рекомендации предлагается считать, что гарантия вступает в силу. Но если аванс не выдан, предмета для обеспечения нет, ибо у подрядчика не может возникнуть обязательство по возврату аванса, которого он не получал.

Таким образом, есть основания полагать, что разъяснение абз. 3 комментируемого пункта находит свое применение не во всех случаях. Юридические фикции, отвергающие реальность, являются достаточно тонким цивилистическим инструментарием, применение которого требует особой осторожности, так как имеет место в условиях несуществующих обстоятельств.

л) Пленум не коснулся одного распространенного случая отлагательно-обусловленного условия, часто встречающегося также в подрядных отношениях. Его особенность заключается в том, что состояние подвешенности разрешается не за счет отказа от исполнения обязательства, а заменой отлагательно-обусловленного срока разумным сроком.

Речь идет о таких условиях договора субподряда, которые предусматривают, что обязанность генподрядчика оплатить результат работ субподрядчика наступает **с момента сдачи результата работ генподрядчиком заказчику** или **с момента оплаты заказчиком результата работ**. Действие заказчика для сторон договора субподряда является событием, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Следовательно, технически если данное обстоятельство не наступает, то срок исполнения обязательства генподрядчика перед субподрядчиком также не наступает. Если подходить к этому условию как допускающему

¹ См. п. 3 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС 5 июня 2019 г.).

наступление такого последствия, то получится, что у возмездного договора субподряда может изменяться кауза — он становится безвозмездным. Однако последнее противоречит намерению сторон, поскольку они заключали возмездный договор и помимо обоюдной воли сторон он не может превратиться в безвозмездный. Некоторые суды, видимо, стремясь не допустить таких последствий, считали приемлемой такую методологию, согласно которой подобные условия просто уничтожались. Однако в практике экстракассации они рассматриваются как действительные¹. Но если такое условие действительно, то как быть с состоянием подвешенности, ведь заказчик может сколь угодно долго не исполнять обязательство по оплате или не принимать результата работ? Неужели и субподрядчик должен быть обречен дожидаться наступления условия неопределенное по продолжительности время? Последнее мало чем отличается от превращения возмездного договора в безвозмездный, ибо возникает вечная подвешенность. Следовательно, правопорядок должен иметь юридическое средство пресечь это противоестественное состояние.

Из ряда подходов в судебной практике следует, что в таком случае после истечения разумного срока субподрядчик вправе потребовать с генподрядчика оплаты выполненных им работ. Сложность заключается в том, что, допуская такое договорное условие, судебная практика отсылает к комментируемому пункту Постановления, в котором истечение разумного срока влечет просрочку кредитора (или отказ от исполнения обязательства), а не право взыскать причитающееся². Однако из более поздней практики следует, что каким-то чудесным образом комментируемый пункт и приведенный выше ответ на вопрос приводят к суждению о замене отлагательно-обусловленного срока разумным сроком исполнения обязательства по оплате работ. По общему правилу условие о наступлении срока исполнения обязанности по оплате встречного предоставления с момента наступления обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет, является действительным. При этом указанный момент считается наступившим по **истечении разумного срока**, в который данное обстоятельство должно было наступить, если иной срок не установлен законом, иным правовым актом или договором³. Этот подход применяется и к другим

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 27 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-20514.

² См. ответ на вопрос № 2 Обзора ВС № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС 26 апреля 2017 г.).

³ См. п. 27 Обзора ВС № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС 22 июля 2020 г.).

случаям отлагательно-обусловленного срока¹, в том числе с его заменой иным, а не разумным сроком².

В результате получается, что аномальная подвешенность в отношениях сторон, возникающая вследствие установления сторонами отлагательно-обусловленного срока исполнения обязательства, разрешается различными юридическими методами: односторонним отказом от исполнения обязательства, фикцией наступления отлагательного условия, заменой такого срока разумным или иным сроком. Только понимание всех методов реакции на отлагательно-обусловленный срок в судебной практике позволит верно применять комментируемое разъяснение.

В некоторых случаях условие и вовсе игнорируется в судебной практике. Так, например, в договорах долевого участия в строительстве нередко предусматривается, что обязательство по передаче объекта долевого строительства исполняется в течение определенного периода с момента получения разрешения на ввод в эксплуатацию соответствующего здания. При этом также указывается дата ориентировочного (планового) ввода объекта в эксплуатацию. Судьи, в том числе со ссылкой на комментируемое разъяснение, исчисляют срок исполнения обязательства застройщика, не учитывая, когда фактически было выдано указанное разрешение, и определяют его посредством нехитрого арифметического действия — добавление к ориентировочной дате введения объекта в эксплуатацию названного в договоре периода³. Таким образом, отлагательно-обусловленный срок, по существу, превращается в ординарное условие о сроке исполнения обязательства.

(м) Как отмечалось выше, несмотря на некоторую неопределенность текста, разъяснение, по всей видимости, направлено на исключение вечной подвешенности обязательства. Однако поскольку перечисленные Пленумом условия сформулированы в позитивном ключе, из этого разъяснения также следует сама допустимость таких условий, что, впрочем, недвусмысленно явствует из закона. Таким образом, в комментируемом пункте обнаруживается еще одно его

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 15 мая 2020 г. № 305-ЭС19-24867.

² См.: Определение СКЭС от 25 августа 2016 г. № 301-ЭС16-4469 и п. 15 Обзора судебной практики ВС № 3 (2016) (утв. Президиумом ВС 19 октября 2016 г.); Определение СКЭС ВС от 5 августа 2021 г. № 305-ЭС19-13940.

³ См.: Определение СКЭС ВС от 13 февраля 2020 г. № 305-ЭС19-20142 и п. 28 Обзора судебной практики ВС № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС 22 июля 2020 г.); определения СКЭС ВС от 13 февраля 2020 г. № 305-ЭС19-20189; от 5 августа 2021 г. № 305-ЭС19-13940.

значение, заключающееся в поддержке договоров с такими условиями. Это подтверждается и обозначенным при первоначальном рассмотрении проекта назначением комментируемого пункта Постановления. Указывалось, что наличие таких разъяснений исключит возможность признания договора с подобными условиями незаконным ввиду отсутствия существенных условий либо недействительным ввиду противоречия ст. 157 ГК, что должно отвратить неисправную сторону от заявления таких требований¹.

24. По смыслу пункта 2 статьи 314 ГК РФ в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, должник вправе при непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства предложить кредитору принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не явствует из обычаев либо существа обязательства. При отказе кредитора принять исполнение, в том числе посредством уклонения от принятия, он считается просрочившим (статья 406 ГК РФ).

(а) В аспекте срока исполнения обязательства принято выделять по принципу дихотомии две группы обязательств — предусматривающих и не предусматривающих срок их исполнения. В ГК это традиционно проявляется в установлении соответствующих правил: в п. 1 ст. 314 речь идет об исполнении обязательств с определенным сроком исполнения, а в п. 2 этой же статьи — об исполнении обязательств, не предусматривающих срок исполнения, к которым добавляются также обязательства со сроком исполнения до востребования (бессрочные обязательства).

Ясно, что бессрочное обязательство влечет нежелательную неопределенность в отношениях сторон, ибо должник не знает, когда же он обязан совершить задолженное действие, а кредитор не знает, когда он может потребовать совершения этого действия и считать должника впавшим в просрочку, если оно не будет совершено. Реакция правопорядка в отношении бессрочных обязательств различна — для некоторых договорных видов обязательств срок исполнения является существенным условием договора (например, для обязательства по выполнению работ по договору подряда — абз. 1 п. 1 ст. 708 ГК). Следовательно,

¹ См. <https://www.youtube.com/watch?v=mf9wU8wD3js>.

при отсутствии срока исполнения и невозможности его определения такое обязательство вообще не может возникнуть, так как договор не считается заключенным. Но далеко не всегда следует проявлять такой ригоризм, поскольку праву известен и другой метод разрешения создаваемой бессрочным обязательством неопределенности.

(б) До реформы ГК для бессрочных обязательств устанавливались следующие два правила.

В случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно **должно** быть исполнено **в разумный срок** после возникновения обязательства.

Обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник **обязан** исполнить **в семидневный срок** со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства (п. 2 ст. 314 ГК в прежней редакции).

Не сложно усмотреть в таком регулировании известное внутреннее противоречие. Если бы должник по бессрочному обязательству, оказавшийся ответчиком в суде, задался вопросом о том, когда же он впал в просрочку, он парадоксальным образом мог бы обнаружить, что если он не совершил задолженного действия, в просрочку он впал дважды. По абз. 1 цитированного пункта он впадает в просрочку после истечения разумного срока с момента возникновения обязательства, а потом после истечения семидневного срока с момента востребования кредитором исполнения еще раз.

В сложном положении оказался и правоприменитель, поскольку логически невозможно применить сразу два правила. Задвоенная таким образом просрочка аномальна и не может выполнять какую-либо полезную функцию. Суды, в значительной степени интуитивно, выбирали то первое правило, обнаруживая разумный срок по своему разумению, то второе правило.

После реформы п. 2 ст. 314 ГК стал выглядеть иначе. 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. 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.

Как видно, остался только один общий срок исполнения бессрочных обязательств — оно должно быть исполнено по истечении льготного (по общему правилу семидневного) срока после востребования исполнения обязательства кредитором. Разумный срок используется законодателем совсем в другом аспекте. Его истечение дает должнику право потребовать от пассивного кредитора принять исполнение.

Однако, как указывалось выше (см. п. «д» комментария к п. 23 Постановления), множество примеров в судебной практике показывает, что суды как будто не замечают изменения закона и обнаруживают разумный срок исполнения для тех или иных бессрочных обязательств, не применяя правило о востребовании. Так, например, ссылаясь на комментируемый пункт, судьи приходят к суждению о том, что законодатель и судебная практика, закрепляя и толкуя соответствующую модель поведения лица, действующего разумно и добросовестно даже в отношениях, в которых срок исполнения обязательства не определен, указывают на важность добросовестного поведения и необходимость **исполнения обязательств в разумный срок**. Ни о каком разумном сроке исполнения обязательства должником ни в норме закона, ни в разъяснении не говорится, но он там каким-то неведомым способом эвентуально обнаруживается. Таким образом, положение дел на практике в связи с изменением закона никак не поменялось.

Учитывая сложившуюся практику, сторонам договорного обязательства желательно избегать согласования бессрочных обязательств, поскольку это влечет неопределенность, связанную с тем, что суд может применить п. 2 ст. 314 ГК или обнаружить разумный срок для такого обязательства. Если же стороны ввергли себя в такое обязательство, то при отсутствии общей методологии ничего не остается, как выявлять соответствующую региональную судебную практику. Сложность тут заключается в том, что разумность срока определяется судом исходя из отдельного спорного обязательства, да еще порой и с учетом сложившихся в отношениях сторон тех или иных обстоятельств, т.е., по существу, *ad hoc*. Это означает, что разумный срок является оценочным понятием, которое трудно типизируется, поэтому даже для действий одного вида разумный срок может различаться от случая к случаю.

Тот факт, что Пленум, давая разъяснение в отношении п. 2 ст. 314 ГК, не предусматривает возможность вымещения его правила разумным сроком, ни о чем не говорит, поскольку в текущей практике и сам ВС неоднократно вместо данных норм использовал категорию разумного срока для определения срока исполнения обязательства должником. Теоретически затруднительно общим образом определить критерии такого вымещения, и оно производится судами каким-то интуитивным образом. В некоторых очевидных случаях можно говорить, что обязательство позволяет определить разумный срок его исполнения по деловому обыкновению, т.е. по устоявшемуся воззрению оборота, и тогда подлежит применению не п. 2 ст. 314 ГК, а п. 1 этой статьи.

(в) Не затрагивая описанного выше феномена, Пленум в первом предложении комментируемого пункта излагает содержание п. 2 ст. 314 ГК, сокращая его текст и одновременно изменяя некоторые термины. Если сокращение текста можно объяснить стремлением к нормативной экономии, то подмена терминов, быть может, имеет некоторое содержательное значение.

Прежде всего обращает на себя внимание то обстоятельство, что разъяснение начинается со слов об извлечении данного суждения из смысла п. 2 ст. 314 ГК. Обычно так делается в тех случаях, когда разъяснение не имеет полного совпадения с нормами закона, из которых извлекается некий смысл, буквально там не обозначенный. Но большая часть разъяснения повторяет содержание закона. Поэтому надо попытаться выявить, чем же текст первого предложения отличается от самих норм, помимо сокращения нормативного материала.

Изменение нормы закона, где фигурирует выражение «не содержит условия, позволяющие», на словоупотребление «не содержит условий, позволяющих» едва ли может быть отнесено к тому смыслу, выявление которого требуется для практики. Возможно, что избранная Пленумом редакция обусловлена поиском правильного падежного окончания, но и действующая редакция никакой неясности в юридической, а не грамматической области не создает. Трудно поверить, что только ради такой редакционной коррекции разработчики предприняли подготовку рассматриваемого текста. Кроме того, правильные падежные окончания определяются не смыслом закона, а правилами грамматики.

В части указания на право должника, возникающее в связи с непредъявлением «кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства», ничего содержательно отличного от нормы не обнаруживается, а окончание предложения («если иное не предусмотрено») является точной цитатой фрагмента п. 2 ст. 314 ГК.

Таким образом, получается, что единственной заслуживающей анализа заменой термина является указание на право должника **предложить** кредитору принять исполнение. Все дело только в одном слове, поскольку закон оперирует выражением о праве должника **потребовать** от кредитора принять исполнение и слово «потребовать» заменяется словом «предложить». Видимо, это и есть та причина, которая подвигла говорить об установлении смысла нормы, а не придерживаться ее буквального значения.

Возможно, не стоит придавать столь незначительной замене какого-то значения, поскольку она просто выражает стилистические предпочтения разработчиков текста, а все первое предложение данного пункта сформулировано как вводное, чтобы сформулировать разъяснение, содержащееся во втором предложении.

(г) Но можно попытаться выявить неявный смысл разъяснения, касающийся одного не очень ясного для российской практики вопроса. Дело в том, что рассматриваемое законоположение о праве должника потребовать от кредитора принять исполнение вызывает вопрос о наличии у должника искового притязания к кредитору. Иными словами, вопрос стоит о принципиальной допустимости требовать по суду исполнения кредиторской обязанности в натуре. Систематика общих положений об обязательстве наталкивает на мысль, что такое требование должника судебной защиты не имеет, поскольку его интерес обеспечивается законодателем иным образом — правилами о просрочке кредитора (ст. 406 ГК). Кредиторская обязанность — это не обязанность должника, т.е. это не долг, который можно присудить. Однако сложность заключается в том, что в некоторых случаях в отношении отдельных видов обязательств законодатель выражается таким образом, что может создаваться впечатление об обратном. Так, согласно п. 3 ст. 484 ГК в случаях, когда покупатель в нарушение закона, иных правовых актов или договора купли-продажи не принимает товар или отказывается его принять, продавец **вправе потребовать от покупателя принять товар** или отказаться от исполнения договора. Если названное требование снабжено иском, то перед нами предстает случай судебного принуждения кредитора к принятию исполнения. Получается, что продавец может по суду заставить покупателя стать собственником, поскольку он несет кредиторские обязанности. В качестве общего правила это кажется противоестественным. Быть может, здесь мы имеем дело с несовершенством законодательной техники и вся идея должна сводиться к тому, что продавец вправе потребовать от покупателя принять товар, а при уклонении покупателя может отказаться от исполнения договора.

Теоретически можно помыслить пусть и весьма редкие случаи, когда интерес должника в принятии исполнения кредитором в натуре, возможно, заслуживает судебной защиты. Можно обсуждать, что принуждение кредитора к принятию исполнения в натуре по суду допускается только в том случае, когда иным способом невозможно защитить нарушение законного интереса должника, например, когда предоставление одной стороны является основанием исполнения отрицательного обязательства другой стороной. Здесь синаллагма получает вид *dare (facere)*, с одной стороны, и *non facere*, с другой стороны. Ни возмещение убытков, ни отсутствие просрочки должника, ни право на отказ от исполнения (последствия просрочки кредитора) в таком случае не могут удовлетворить кредитора в отрицательном обязательстве. Но в любом случае речь надо вести об исключительных случаях отступления от общего правила о недопустимости присуждения кредитора к исполнению кредиторской обязанности в натуре.

Возвращаясь к разъяснению Пленума, можно предположить, что появление в п. 2 ст. 314 ГК установления о праве потребовать от кредитора принять исполнение представляет в его глазах угрозу выведения общего правила о допустимости принуждения кредитора к принятию исполнения, которую Пленум и посчитал нужным устранить. Это делается посредством указания на то, что должник всего лишь вправе **предложить** кредитору принять исполнение, а не требовать этого.

Наше предположение о скрытом значении метаморфозы «требования» в «предложение» может быть реалистичным только при соблюдении двух условий. При подготовке комментируемого фрагмента юридический анализ был настолько глубоким, что позволил распознать названную угрозу в новелле закона, а кроме того, разработчики рассчитывали, что столь неявный смысл разъяснения все равно будет воспринят проницательным читателем. Однако надо осознать, что здесь есть риск уподобиться тому самому слепцу, который ищет в темной комнате черную кошку, которой там нет.

(д) Во втором предложении п. 2 ст. 314 ГК устанавливается рассмотренное правило о праве должника потребовать от кредитора принять исполнение, но не предусмотрены последствия неисполнения этого требования (в интерпретации разъяснения — предложения).

Пленум восполняет это молчание закона указанием на то, что при отказе кредитора принять исполнение, в том числе посредством уклонения от принятия, он считается просрочившим, со ссылкой на ст. 406 ГК. И это восполнение отчасти подтверждает наше предположение, сделанное в предыдущем пункте комментария. В текущей

практике в отношении договора аренды правовая позиция относительно просрочки кредитора по принятию арендуемой вещи (помещения) сформулирована четко и ясно. Арендатор, являясь кредитором по обязательству арендодателя обеспечить владение и пользование предметом аренды, несет неблагоприятные последствия, связанные с нереализацией своего права, но **не может быть понужден к его реализации в натуре**. В случае просрочки кредитора в силу п. 2 ст. 406 ГК должник вправе требовать взыскания соответствующих убытков, а не присуждения исполнения в натуре¹. Правда, в этом деле комментируемое разъяснение Пленума судьям не понадобилось. Тем не менее правовая позиция по поводу аренды ясна: арендатора нельзя понудить принять предмет аренды в натуре.

В совокупности с текстом первого предложения из контекста становится понятно, что речь идет об отказе кредитора принять исполнение или об уклонении от его принятия, имевших место после предложения должника принять исполнение. Можно сказать, что непринятое предложение должника ставит кредитора в просрочку.

Но здесь может возникать вопрос о моменте, в который наступает просрочка. Разъяснение Пленума не дает повода для его более точного определения. Речь, собственно, идет о том, следует ли и кредитору предоставить льготный срок, как он предоставляется должнику в бессрочных обязательствах? Ясно, что в определенных случаях кредитор, получив предложение должника принять исполнение, может нуждаться в некотором времени, дабы успеть подготовиться к принятию исполнения, например, приискать складские мощности для хранения поставляемого должником товара. Несмотря на истечение разумного срока, в который, по воззрениям оборота, кредитор мог предъявить требование, принцип равенства подталкивает к предоставлению кредитору льготного срока, так же как он предоставляется должнику.

25. По общему правилу досрочное исполнение обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, предусмотренных статьей 315 ГК РФ.

В иных обязательственных правоотношениях должник вправе досрочно исполнить обязательство, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из его существа.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 26 июня 2020 г. № 305-ЭС20-4196.

В случаях, когда право на досрочное исполнение обязательства специально установлено законом или иным правовым актом, оно не может быть исключено или ограничено соглашением сторон, в частности оно не может быть обусловлено внесением кредитору платы за досрочное исполнение обязательства.

(а) Категория срока исполнения обязательства с логической неизбежностью ставит вопрос о досрочном исполнении. Если обязательство устанавливает или позволяет определить срок его исполнения, казалось бы, ответ на этот вопрос не составляет большой сложности. Из ч. 1 ст. 309 ГК, в частности, следует, что обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства. Стало быть, досрочное исполнение обязательства не соответствует его условию, а потому не должно допускаться. Однако такой ригоризм расходится с потребностями практики.

Исполнение обязательства идет на пользу кредитора и удовлетворяет его потребность. Поэтому чем раньше будет получено благо, тем лучше для кредитора. Но это слишком упрощенное представление, поскольку потребности отличаются большим разнообразием, причем настолько, что досрочное удовлетворение потребности может не только не принести пользу, но, напротив, причинить вред.

За всеми категориями гражданского права в конечном счете стоят чьи-то интересы, и в задачу правопорядка входит гармонизация этих интересов. Так же и с категорией срока исполнения обязательства. Соблюдение срока исполнения обязательства не является какой-то сверхзадачей, поскольку он в тех или иных обстоятельствах служит интересам той или иной стороны. Если гражданин выдал беспроцентный заем своему знакомому на определенный срок, ясно, что этот срок служит интересу заемщика, дабы он не обязан был к возврату суммы займа ранее. Однако досрочный возврат этого займа по общему правилу не расходится с интересом займодавца. И наоборот, если гражданин выдал процентный заем на определенный срок, можно в качестве общего правила предположить, что он рассчитывает на получение процентов за весь период пользования займом, а потому досрочный возврат суммы займа нарушал бы его право. Но при определенных обстоятельствах займодавец предпочел бы возвратить сумму займа досрочно, недополучив проценты, но устранив риск неисправности заемщика.

Кроме того, считается, что в предпринимательской деятельности сделки заключаются сообразно некоторому плану этой деятельности,

параметры которого рассчитаны на будущее, в том числе по срокам исполнения обязательств. Следовательно, досрочное исполнение может вступить в противоречие с названным планом.

Законодатель при установлении общего правила исходит из достаточно простого критерия. Наличие у обязательства связи с предпринимательской деятельностью его сторон за установленными изъятиями препятствует досрочному исполнению. Все остальные обязательства, опять же по общему правилу, должник может исполнить досрочно.

Должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа. Однако досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, когда возможность исполнить обязательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев или существа обязательства (ст. 315 ГК).

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум обращается к обязательству, связанному с предпринимательской деятельностью его сторон (предпринимательское обязательство). По внешней видимости никакого разъяснения в тексте не содержится, если не считать, что закон говорит об обязательствах, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, а Пленум уточняет, что речь идет обо **всех сторонах** обязательства. Это добавление, быть может, сделано для усиления.

Обо всех или не всех участниках обязательства имело бы смысл говорить, если бы речь шла не о сторонах обязательства, а о лицах. Дело в том, что на соответствующей стороне обязательства может участвовать одновременно и лицо, для которого это обязательство связано с предпринимательской деятельностью, и лицо, которое не занимается предпринимательской деятельностью. Однако Пленум этого случая как раз не касается, возможно, в силу его малой актуальности. Как следует применять правило о досрочном исполнении в таком случае? Ответ на этот вопрос в позитивном праве, включая правовые позиции в судебной практике, не содержится. Более того, он вообще не обсуждается в нашей юриспруденции, видимо, потому, что в этом нет заметной практической потребности. Вывести универсальное правило здесь скорее всего не получится, а потому придется всякий раз обращаться к критерию существа обязательства, добавляя к нему выявление интереса, который обусловил образование множественности лиц в обязательстве, а также учитывая вид названной множественности.

Вводная часть разъяснения о том, что приведенное суждение является лишь **общим правилом**, может сбить с толку, поскольку логически затруднительно обнаружить какое-то специальное правило, чтобы норма закона не подлежала применению. Дело в том, что, согласно ст. 315 ГК, досрочное исполнение по предпринимательскому обязательству **допускается** только в случаях, когда возможность исполнить обязательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев или существа обязательства.

Возможно, оговорка об общем правиле соотносится не с утверждением о том, что досрочное исполнение допускается, а со словами **«только в случае»**. Правда, в самой норме также имеются эти слова. Тем не менее, быть может, идея заключается в том, что досрочное исполнение по рассматриваемым обязательствам на самом деле допускается **не только в случаях**, предусмотренных ст. 315 ГК, но и в других случаях, которые и представляют собой специальные правила, т.е. другие случаи. Такие действительно теоретически, да и практически, можно обнаружить. Например, когда допустимость досрочного исполнения следует из сложившихся отношений сторон. Если действительно имелось в виду именно это, то извлечение данного смысла из разъяснения потребует некоторого интеллектуального усилия и, кажется, эту мысль можно было бы донести значительно проще. Представляется довольно странным, когда вместо того, чтобы сказать «правило подлежит применению не только в определенном случае», говорится обратное: только в этом случае, но по общему правилу, что означает не только в этом случае. Такая манера выражаться пригодна для того, чтобы все запутать, но нет никаких оснований приписать Пленуму такие намерения. Поэтому утверждать с полной уверенностью, что же означают слова об общем правиле, пока не представляется возможным.

(в) Жесткость правила о недопустимости досрочного исполнения по предпринимательским обязательствам смягчается достаточно длинным перечнем источников, предусматривающих обратное. Особенное внимание следует обратить на существо обязательства, которое является настолько гибкой категорией, что в руках судьи позволяет отыскать справедливое решение в любом случае. Так, например, предпринимательское обязательство по оказанию услуг может не предусматривать досрочное исполнение обязательства заказчика по оплате как оказанных, так и не оказанных услуг. Но кажется достаточно очевидным, что интерес исполнителя едва ли пострадает от получения им оплаты услуг досрочно, если отбросить какие-то экзотические случаи.

(г) В абз. 2 на противопоставлении с предыдущим абзацем определяется круг всех иных обязательств (не предпринимательских), для которых общим правилом является допустимость досрочного исполнения обязательства должником. Что касается перечня источников, исключающих действие общего правила, то он тождествен указанному в норме: 1) закон; 2) иной правовой акт; 3) условия обязательства; 4) существо обязательства.

Законодатель, а вслед за ним и Пленум в очередной раз демонстрируют непоследовательность в формировании перечня источников, изменяющих правило закона. Здесь это особенно бросается в глаза, поскольку ст. 315 ГК содержит два таких перечня, однако в одном значится такой источник, как обычай, а в другом — нет. Трудно обосновать, что такого особенного есть в правиле о допустимости досрочного исполнения обязательства, чтобы оно не могло изменяться обычаем. Впрочем, в силу малой распространенности обычаев этот аспект не является актуальным.

Использование Пленумом термина «обязательственное правоотношение» вместо термина «обязательство», видимо, содержательной нагрузки не несет и должно быть использовано просто для того, чтобы избежать повтора.

Никакого разъяснения в этом абзаце не содержится, поскольку соотношение первого и второго предложения ст. 315 ГК приводит точно к такому же суждению.

Между тем сам законодательный критерий при его буквальном внедрении может приводить к затруднениям в определенных случаях, а потому требует коррекции, в которой Пленум не видит необходимости или не считает этот вопрос актуальным. Приведем пример. Допустим, по договору между предпринимателем (покупатель) и гражданином (продавец) заключен договор купли-продажи с установлением срока его исполнения, который не относится к строгим срокам (п. 2 ст. 457 ГК). Поскольку только для одной из его сторон это обязательство связано с осуществлением предпринимательской деятельности, подлежит применению общее правило, допускающее досрочное исполнение обязательства должником (продавцом). Ни закон, ни иной правовой акт, ни обязательство не позволяют обнаружить исключение из этого общего правила. Единственным обоснованием остается утверждение о том, что существо всякого обязательства по передаче товара таково, что не допускает его досрочного исполнения. Однако такое категорическое утверждение небесспорно. В приведенном примере досрочное предоставление автомобиля может нарушить планы покупателя, привести к дополнительным издержкам или доставить какие-то неудобства.

Допустимость досрочного исполнения обязательства устанавливается в качестве общего правила в предположении о том, что обязательство доставляет кредитору определенное благо, а потому чем раньше он может им воспользоваться, тем для него лучше. Однако обязательственные связи опосредуют значительно более сложные отношения, где такая простейшая логика не всегда срабатывает. Поэтому теория обязательственного права для определения допустимости досрочного исполнения обязательства требует установления, чей интерес защищается установленным сроком и не будет ли он нарушен досрочным исполнением.

Да и при использовании этой методологии многообразие жизненных ситуаций потребует еще одного коррелята — принципа добросовестности. Так, например, досрочный возврат суммы беспроцентного займа в момент, когда заемщик и займодавец застигнуты грабителями, является правомерным действием, но недобросовестным. Но и отсутствие права на досрочный возврат суммы займа при наличии у другой стороны права на одностороннее увеличение размера процентов при определенных обстоятельствах может учитываться в контексте оценки добросовестности¹.

(д) В некоторых случаях право на досрочное исполнение обязательства устанавливается законом или иным правовым актом. Обычно это делается в целях избавления должника от тяжести лежащего на нем долга. Так, например, согласно абз. 2 п. 2 ст. 810 ГК сумма займа, предоставленного под проценты заемщику-гражданину для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, может быть возвращена заемщиком-гражданином досрочно полностью или по частям при условии уведомления об этом займодавца не менее чем за 30 дней до дня такого возврата.

Из данного законоположения с очевидностью следует, что законодатель преследовал социальную цель. Она позволяет гражданину досрочно вернуть сумму займа и не нести более издержек по выплате процентов. Тем не менее попытки нарушения прав потребителей встречаются, в том числе в виде установления платы за досрочный возврат суммы кредита, однако судебная практика противостоит таким посягательствам. При этом указывается, что условия кредитного договора о запрете досрочного возврата кредита в течение определенного времени, а также о взимании банком **комиссии за досрочный возврат кредита** нарушают права потребителя, так как по смыслу положений

¹ См. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС от 13 сентября 2011 г. № 147.

законодательства о защите прав потребителей банк не вправе отказать — принимать либо иным образом ограничивать досрочное исполнение заемщиком-гражданином обязательств по кредитному договору¹.

Пленум обращает внимание судов на такие ситуации, указывая при этом, что его разъяснение распространяется на случаи, когда право на досрочное исполнение обязательства **специально установлено** законом или иным правовым актом. Это выражение требует некоторой интерпретации. Теоретически все, что устанавливается суверенной властью нормативно, делается специально. Достаточно сложно обосновать, кроме очевидных законодательных ошибок, что то или иное нормативное положение установлено случайно. Поэтому, несмотря на нетрадиционную терминологию разъяснения, видимо, есть основания полагать, что речь идет об императивных нормах. Такой *ex ante* метод может использоваться законодателем для предотвращения массовых случаев проявления экономической власти сильной стороной договора, которая могла бы вынудить слабую сторону заблокировать реализацию ее интереса в досрочном исполнении обязательства.

Известный метод *lex specialis derogat generali*, который, судя по словупотреблению Пленума, мог бы иметься в виду, для достижения целей разъяснения не подходит. Дело в том, что если специальной по отношению к ст. 315 ГК нормой установлено право на досрочное исполнение обязательства, она будет иметь преимущество, но если она диспозитивна, это не помешает сильной стороне употребить свою власть и заблокировать ее действие договором.

Из разъяснения Пленума ясно, что он имеет в виду не допустить блокировки такого нормативного права на досрочное исполнение. Для этих целей предусматривается, что данное право не может быть исключено или ограничено соглашением сторон, включая установление платы за досрочное исполнение. При этом за пределами императивных предписаний стороны свободны в установлении платы за досрочное исполнение обязательства, хотя и не все судьи были согласны с этим².

26. По смыслу пункта 1 статьи 316 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом, по денежным обязательствам, исполняемым путем безналичных расчетов, местом исполнения обязательства является место нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора (получателя средств). При этом моментом исполнения денежного обязательства

¹ См. п. 12 Информационного письма Президиума ВАС от 13 сентября 2011 г. № 146.

² См., например: Постановление Президиума ВАС от 22 октября 2013 г. № 6764/13.

является зачисление денежных средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора, либо банка, который является кредитором.

Если должника и кредитора по обязательству, исполняемому путем безналичных расчетов, обслуживает один и тот же банк, моментом исполнения такого обязательства является зачисление банком денежных средств на счет кредитора.

(а) Если взять обязательство в узком смысле, то его цель заключается в том, чтобы кредитор получил за счет действий должника то благо, ради которого обязательство и возникло. Вследствие нашего пребывания в пространственно-временном континууме для кредитора имеет значение не только темпоральный аспект получения названного блага, но и пространственный. В обязательственном праве этот феномен принято называть местом исполнения обязательства. Чтобы обязательство считалось надлежаще исполненным, предоставление должно отвечать условиям обязательства. В рассматриваемом аспекте это означает, что исполнение должно быть произведено в надлежащем месте. Место исполнения обязательства не только, и даже, может быть, не столько категория физическая, сколько юридическая. Оно указывает на то состояние имущественного результата действий должника, достижение которого позволяет считать обязательство надлежащим.

Общие положения об обязательствах устанавливают регулирование, определяющее место исполнения обязательства для некоторых его разновидностей в ст. 316 ГК.

Что касается денежных обязательств, то до реформы ГК названная статья определяла, что исполнение должно быть произведено по денежному обязательству **в месте жительства** кредитора в момент возникновения обязательства, а если кредитором является юридическое лицо — **в месте его нахождения** в момент возникновения обязательства (абз. 5 ст. 316 ГК в прежней редакции). Как видно, никакой дифференциации в отношении обязательств, предусматривающих платеж наличными деньгами и безналичным платежом, в законе не проводилось.

Иногда считают, что для безналичных платежей определение места исполнения не имеет смысла. Современные банковские технологии и платежные системы за счет срабатывания программных алгоритмов позволяют обеспечить уменьшение банковского счета плательщика на определенную сумму посредством арифметической операции вычитания и увеличения банковского счета получателя платежа за счет такой же арифметической операции, но с обратным знаком «плюс». Для кредитора это означает, что обслуживающий его банк получает

какой-то объем информации, позволяющий определить слагаемое, т.е. выраженную в валюте сумму, которую следует приплюсовать к остатку на его банковском счете. Таким образом, безналичный платеж является результатом арифметических операций, который мыслится исключительно в идеальной сфере и никакого места в пространстве не имеет. Но чтобы выразить результат арифметической операции вовне, он должен быть где-то записан. В физическом смысле получение платежа означает какое-то изменение элементарных частиц в соответствующих ЭВМ, которое корреспондирует надлежащим банковским реквизитам. Последнее означает упорядоченное появление некой записи названного результата. Записи в банковском деле и в платежных системах принято делать на соответствующих счетах, которые и отражают приходные и расходные операции. Кажется, что такая техническая детализация irrelevantна для права, однако на практике сразу же возникла необходимость учитывать особенности банковских технологий безналичных платежей для определения различных юридически значимых последствий их совершения.

Одной из наиболее востребованных в обязательственном праве особенностей выступила потребность в определении темпорального момента, т.е. в установлении того момента, когда соответствующее денежное обязательство считается исполненным. Так, еще в конце прошлого века в арбитражной практике возник вопрос, в какой момент считается исполненным обязательство банка перед своим клиентом по платежному поручению. Для ответа на этот вопрос была сформулирована следующая правовая позиция. Согласно ст. 865 ГК банк плательщика обязан перечислить соответствующую сумму банку получателя, у которого с момента зачисления средств на его корреспондентский счет и получения документов, являющихся основанием для зачисления средств на счет получателя, появляется обязательство, основанное на договоре банковского счета с получателем средств, по зачислению суммы на счет последнего (п. 1 ст. 845 ГК). Поэтому при разрешении споров следует принимать во внимание, что обязательство банка плательщика перед клиентом по платежному поручению считается исполненным **в момент надлежащего зачисления соответствующей денежной суммы на счет банка получателя**, если договором банковского счета клиента и банка плательщика не предусмотрено иное¹.

¹ См. п. 3 постановления Пленума ВАС от 19 апреля 1999 г. № 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета».

Такой подход с неизбежностью логически предопределял ответ на вопрос, когда считается исполненным денежное обязательство плательщика перед своим контрагентом. И он не мог быть никаким иным, кроме как определенным в отношениях между клиентом и банком, иначе институт безналичных расчетов обнаружил бы свою дисфункцию. Было бы алогичным считать, что обязательство банка перед своим клиентом исполнено, а обязательство плательщика перед получателем не исполнено, поскольку его банк не зачисляет на его расчетный счет соответствующую сумму. Плательщик никак не может повлиять на отношения между получателем и его банком, ибо не имеет к этому юридических средств.

Для обоснования указанных выводов, как видно, дореформенная норма о месте исполнения обязательства ничем помочь не могла, поскольку релевантные обстоятельства никак не связаны ни с местом жительства кредитора, ни с его местом нахождения.

(б) Пореформенная редакция ст. 316 ГК в отношении места исполнения денежных обязательств проводит разграничение исполнения денежных обязательств платежом наличных денег и безналичных денежных средств.

По общему правилу исполнение должно быть произведено:

— по денежному обязательству об уплате наличных денег — в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства или, если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения в момент возникновения обязательства;

— по денежному обязательству об уплате безналичных денежных средств — в месте нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора, если иное не предусмотрено законом.

Как видно, прежняя общая норма об исполнении денежных обязательств сужена до исполнения обязательства об уплате наличных денег, а для безналичного платежа сформулировано новое правило, которое ранее в судебной практике определяло момент исполнения обязательства.

Известная критика данной новеллы ГК базируется на том, что поступление денежных средств в банк кредитора определяет момент исполнения денежного обязательства (темпоральная концепция), а в определении места исполнения (пространственная концепция) необходимости не имеется. Отчасти это верно, в том смысле, что практическая потребность действительно чаще всего связана с определением наличия или отсутствия просрочки по денежному обязательству. Но данную норму надо понимать сообразно особенностям актива, имея

в виду поступление денежных средств на соответствующий счет банка. Можно, конечно, ввести некую новую категорию для определения того, что денежные средства должны поступать именно на определенный счет банка кредитора, но и подвести этот феномен под проработанную в обязательственном праве категорию места исполнения с пониманием необходимой адаптации — вполне допустимая методология, которая позволяет избежать создания новых сущностей. Исполнение, произведенное в надлежащем месте, предопределяет и темпоральный аспект срока исполнения. Здесь нет противоречия, а наоборот, обе категории срока и места исполнения находятся в гармоничном соответствии. Если в предусмотренный срок в надлежащем месте исполнения обязательства предоставление отсутствует, налицо просрочка должника, если он отвечает за это. Равным образом, если с соблюдением срока актив оказался в другом месте, должник нарушает обязательство.

Кроме того, пространственный аспект места исполнения денежного обязательства нагляднее описывает те случаи ненадлежащего исполнения, когда безналичный платеж поступает в иной банк. Дело в том, что денежное обязательство может быть исполнено в срок, но не по тем банковским реквизитам. Темпоральная концепция не в состоянии дать какого-то решения для этой ситуации, а пространственная концепция с этим справляется лучше. Так, из практики известен случай, когда стороны договора заключили к нему дополнительное соглашение, изменив соответствующие банковские реквизиты на стороне кредитора по денежному обязательству. Однако должник, возможно по ошибке, произвел безналичный платеж по прежним реквизитам, после чего банк был признан несостоятельным¹. В таком случае можно сказать, что нарушено правило об исполнении обязательства в надлежащем месте. Конечно, несложно было бы обосновать нарушение общим положением обязательственного права о необходимости исполнения обязательства в соответствии с его условиями. Но это аргумент общего характера, так как множество случаев можно обосновать и без специальных правил, а с помощью общего суждения о надлежащем исполнении. Однако методология обязательственного права не спешит отказываться от специальных правил о сроках, месте исполнения, от тех или иных положений о порядке исполнения и т.п.

(в) В первом предложении комментируемого пункта Пленум излагает с изменением редакции абз. 6 п. 1 ст. 316 ГК. При этом указывается, что приведенное суждение извлекается **из смысла** п. 1 ст. 316 ГК. Как

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 30 июля 2013 г. № 1142/13.

уже отмечалось, такой терминологический оборот обычно означает, что разъяснение выходит за рамки буквального значения нормы закона. Эта методология удобна тем, что акцентирует внимание судей на выявленный посредством толкования закона его смысл, чего сложнее было бы добиться указанием на то, что данный текст приводится **в соответствии** с той или иной нормой.

Хотя редакция первого предложения действительно не имеет полного соответствия с нормой, ничего отличного от самой нормы оно не содержит. По крайней мере никаких иных смыслов, нежели заложен в норме закона, нам обнаружить пока не удается.

Если закон говорит об исполнении «по денежному обязательству об уплате безналичных денежных средств», Пленум выражается в том смысле, что речь идет о месте исполнения «по денежным обязательствам, исполняемым путем безналичных расчетов». Закон оперирует понятием «банк (его филиал, подразделение), обслуживающий кредитора», а Пленум добавляет к этому в скобках «получателя средств» («кредитора (получателя средств)»). Если оговорка о том, что законодательное правило применяется, «если иное не предусмотрено законом», в ГК указана в конце нормы, то Пленум переносит ее в начало текста. В результате создается впечатление, что сформулировано какое-то разъяснение с новым содержательным смыслом, хотя аналитический разбор текста показывает, что это не так.

Между тем не самая удачная юридическая техника, использованная в законе, дает основание обратить внимание на один нюанс, который Пленум не посчитал нужным отметить.

Дело в том, что из начала текста п. 1 ст. 316 ГК буквальный образом следует, в частности, что дальнейшие правила определения места исполнения применяются, если место исполнения обязательства не определено законом, иными правовыми актами **или договором**. Однако сформулированное для безналичного платежа правило также снабжено оговоркой о том, что оно применяется, если иное не предусмотрено **законом**.

Такая структура законодательных норм, как бы к ней ни относиться с позиций оценки юридической техники, логически не оставляет сомнений в той цели, которую преследовал законодатель, сформулировав добавление к правилу о безналичном платеже о том, что иное может быть предусмотрено законом. Аналогичного добавления в отношении платежа наличными не сделано. Это возможно объяснить только тем, что имелась в виду недопустимость установления договором иного места исполнения. Иначе в названной оговорке не было бы никакого

смысла, поскольку об определении иного места исполнения договором уже сказано в начале п. 1 ст. 316 ГК.

На практике встречаются случаи, когда договором предусматривается, что денежное обязательство считается исполненным с момента зачисления денежных средств на **расчетный счет кредитора**. Технически это означает, что риск неисполнительности и несостоятельности банка, обслуживающего кредитора, переносится на должника. Гражданскому праву известна категория договорного переноса того или иного риска с одной стороны на другую, но пределы договорной свободы в этой области, в том числе с точки зрения политико-правовых резонансов, не вполне ясны. Безналичные денежные расчеты в современном гражданском обороте настолько распространены и, более того, имеют тенденцию в обозримом будущем вытеснить наличные расчеты полностью, что свободное перераспределение рисков может быть поставлено под сомнение. Должник не выбирал банк, который обслуживает кредитора, напротив, это свободный выбор самого кредитора, поэтому справедливо возложить риски, связанные с договорными взаимоотношениями между кредитором (клиентом) и его банком, на сторону договора банковского счета, а не на постороннее лицо (должника), которое не имеет никаких юридических средств управлять этими рисками. С этой точки зрения владелец счета является лучшим носителем риска (*superior risk bearer*) взаимоотношений с банком, являющимся его договорным контрагентом.

Поэтому приведенное выше условие договора следует признать ничтожным. Денежное обязательство должника при безналичном платеже является исполненным с момента зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора. Иное может быть предусмотрено только законом, но не договором.

До формирования устойчивой судебной практики в защиту прав должника по денежному обязательству таким должникам следует избегать согласования условий, которые предусматривают в качестве надлежащего места исполнения расчетный счет кредитора.

(г) Во втором предложении Пленум детализирует норму закона в той части, в которой она указывает на место нахождения банка (его филиала, подразделения). Он как раз осуществляет адаптацию нормы закона к действующей в настоящее время системе банковских счетов. Местонахождение в этом случае определяется **корреспондентским счетом** банка, который обслуживает клиента, или корреспондентским счетом банка, когда он сам является кредитором по денежному обязательству. Хотя Пленум делает акцент на моменте исполнения денежного обязательства, это, в сущности, ничего не меняет.

Таким образом, у Пленума не возникло никаких затруднений в определении смысла закона с понятием места нахождения банка, которое не следует воспринимать натуралистическим образом, равно как отождествлять с местом нахождения юридического лица.

Можно пойти еще дальше, когда из закона, а также структуры договорных отношений сторон следует иное место исполнения. Например, на практике распространены случаи, когда заемщику по кредитному договору открывается банковский счет, на который, согласно условиям кредитного договора, подлежат зачислению суммы, причитающиеся с него по этому договору, а банк имеет право безакцептного списания с такого счета в счет исполнения соответствующих обязательств заемщика¹. В обязательство заемщика входит обеспечение к предусмотренному сроку наличия достаточных средств на таком счете с возможностью банка их безакцептного списания. Никакого перечисления заемщиком денежных средств на корреспондентский счет здесь не предусматривается.

(д) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум обращается к так называемым внутрибанковским проводкам. Если должника по денежному обязательству и кредитора обслуживает один и тот же банк, общее правило ст. 316 ГК не может применяться. Система расчетов устроена таким образом, что денежные средства должника не переводятся на корреспондентский счет банка для целей зачисления кредитору, расчетный счет которого открыт в этом же банке.

Поэтому не остается ничего иного, как считать обязательство исполненным при зачислении денежных средств **на счет кредитора**. В такой ситуации помыслить иное решение достаточно затруднительно, поэтому каких-то масштабных девиаций в судебной практике по данному вопросу не проявлялось и до рассматриваемого разъяснения Пленума.

(е) Закон содержит некоторую неточность, которую необходимо учитывать при применении данной нормы. Дело в том, что, как указывалось в п. «а» комментария, правовая позиция, согласно которой денежное обязательство считается исполненным с момента надлежащего зачисления соответствующей денежной суммы на счет банка получателя, была сформулирована для такой формы расчетов, как **платежные поручения**. Закон же оперирует более широким понятием «уплата безналичных денежных средств». Оно требует ограничительно-го толкования, но Пленум вместо этого, наоборот, использует термин «безналичные расчеты», что чревато ошибками.

¹ См., например: Определение СКГД ВС от 7 марта 2017 г. № 7-КГ16-6.

К безналичным расчетам, согласно п. 1 ст. 862 ГК, относятся не только расчеты платежными поручениями, для которых разъяснение Пленума является корректным, но, например, расчеты **чеками**. Ясно, что эта форма безналичных расчетов с учетом ее особенностей не тождественна расчетам платежными поручениями, а потому требует применения соответствующих исключений из общего правила. Конечно, в отношении чеков вопрос неактуален, поскольку широкой практики таких расчетов не наблюдается.

Кроме того, при расчетах аккредитивом и по инкассо определение места исполнения обязательства, согласно разъяснению Пленума, будет корректным, но привязка к поступлению на корреспондентский счет момента исполнения обязательства для целей определения просрочки может оказаться неприемлемой, если из-за упречных действий получателя средств или его банка денежные средства не были получены вовремя.

(ж) Если Пленум обоснованно обратил внимание на новеллу п. 1 ст. 316 ГК, то в отношении новеллы п. 2 этой же статьи он прошел мимо. Между тем она заслуживает внимания судебной практики, поскольку содержащаяся в ней норма требует адаптации к некоторым случаям, а также ввиду некоторой ее неясности (см. об этом п. «в» комментария к п. 9 Постановления).

27. В силу статей 140 и 317 ГК РФ при рассмотрении споров, связанных с исполнением денежных обязательств, следует различать валюту, в которой денежное обязательство выражено (валюту долга), и валюту, в которой это денежное обязательство должно быть исполнено (валюту платежа).

По общему правилу валютой долга и валютой платежа является рубль (пункт 1 статьи 317 ГК РФ).

Вместе с тем согласно пункту 2 статьи 317 ГК РФ в денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях (валюта платежа) в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (валюта долга). В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон.

(а) Большинство денежных обязательств выражаются и исполняются в рублях. Согласно п. 1 ст. 140 ГК рубль является законным

платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории Российской Федерации. Пункт 1 ст. 317 ГК предусматривает, что денежные обязательства должны быть выражены в рублях (ст. 140).

Однако определение долга в рублях является общим правилом, имеющим исключение. Помимо исполнения обязательств в иностранной валюте, когда это допускается законом, достаточно широко распространены случаи, при которых обязательство выражается в иностранной валюте, но подлежит исполнению в рублях.

Участники гражданского оборота предусматривают такую **валютную оговорку**, когда каждая сторона готова принять на себя риск изменения курса рубля по отношению к соответствующей иностранной валюте. Потребность в привязке к иностранной валюте зачастую возникает тогда, когда размер издержек соответствующей стороны зависит от котировки иностранной валюты, но не только. Мотив, в силу которого согласована валютная оговорка, не имеет правового значения для ее действительности.

В арбитражной практике достаточно давно выявлен целый ряд правовых вопросов, связанных с выражением денежного обязательства в иностранной валюте, ответы на которые буквальным образом нормативно не установлены. Поэтому посредством толкования закона эти пробелы были отчасти заполнены¹.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум с незначительными редакционными изменениями повторяет правовую позицию методологического характера, выработанную в арбитражной практике².

Разграничение **валюты долга** и **валюты платежа** является общим местом в обязательственном праве и вытекает из п. 2 ст. 317 ГК. Пленум распространяет данную правовую позицию на всю юрисдикцию судебной системы.

Разъяснение определяет, что указанное разграничение применяется при рассмотрении споров, **связанных с исполнением** денежных обязательств. Эту связь следует воспринимать расширительным образом, поскольку аналитическое разграничение и оценка условий о валюте долга и валюте платежа может быть и не связано в техническом смысле с действиями по исполнению обязательства. Например, при сопоставлении сделки, предусматривающей в противоречие с законом исполнение обязательства в иностранной валюте (валюта платежа),

¹ См. Информационное письмо № 70.

² См. там же, п. 1.

исполнение может еще не иметь места, но названное разграничение все равно надо учитывать.

Дифференциация понятий «валюта долга» и «валюта платежа» соответственно обнаруживает дуализм видов валютных оговорок. Несовпадение валюты долга и валюты платежа именуют **косвенной валютной оговоркой**, хотя лучше было бы именовать ее конверсионной оговоркой, имея в виду, что платеж суммы, определенной в иностранной валюте, конвертируется в платеж рублями по соответствующему курсу. Когда стороны договариваются о платеже в иностранной валюте, такую оговорку именуют **прямой валютной оговоркой**, имея в виду эффективный платеж в соответствующей иностранной валюте, которую можно было бы именовать эффективной валютной оговоркой. На самом деле разновидностей оговорок больше, хотя иные встречаются реже, например, мультивалютная оговорка, золотая оговорка, индексная оговорка и т.д.

Кроме того, практика дает основания для выделения и других разновидностей валютных оговорок, например смешанной валютной оговорки (см. пример в п. «в» комментария), а также альтернативной косвенной валютной оговорки. Альтернативная косвенная валютная оговорка сводится к тому, что одна из сторон на момент исполнения обязательства вправе выбрать валюту долга из определенных в соглашении сумм долга, номинированных в разных валютах. Например, из одного дела усматривается такое условие договора, согласно которому займодавец вправе выбрать валюту, в которой подлежит возврату сумма займа: 30 000 000 руб. либо 761 578 евро¹. Хотя при рассмотрении данного спора судами не давалась оценка этому условию, представляется, что оно не противоречит закону. Конечно, подобные договоренности полностью переносят риск изменения курса валюты на одну сторону, поскольку обладатель секундарного права выбора, действуя рационально, всегда выберет валюту к своей выгоде, в зависимости от того, укрепился или ослаб рубль к моменту исполнения обязательства. Но если такое условие согласовано свободной волей и не имеет иных пороков, например, не противоречит принципу добросовестности, то участники гражданского оборота свободны хеджировать валютные риски по своему усмотрению.

(в) В абз. 2 со ссылкой на п. 1 ст. 317 ГК утверждается, что по общему правилу валютой долга и **валютой платежа** является рубль. В самой норме о валюте платежа ничего не сказано, напротив, в ней идет речь

¹ См.: Определение СКГД ВС от 17 октября 2017 г. № 5-КГ17-138.

о том, что обязательства должны быть **выражены** в рублях (валюта долга). Но из смысла ст. 140 ГК можно вывести суждение о том, что и валютой платежа по общему правилу является рубль.

Данное разъяснение скорее имеет методологический характер, поскольку оно приводится, видимо, для того, чтобы в следующем абзаце сформулировать исключение, которое, однако, касается лишь случая исключения из общего правила о том, что валютой долга является рубль. Из общего правила о валюте платежа тоже имеется исключение, но Пленум его здесь не касается.

Согласно п. 2 ст. 140 ГК случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке.

Немаловажным вопросом является вопрос о нарушении указанных порядка и условий, однако и его Пленум не касается. Тот факт, что за те или иные незаконные валютные операции может наступать публично-правовая ответственность, сам по себе не предопределяет судьбы обязательства. Ясно, что кредитор вправе отказаться принимать исполнение в иностранной валюте, когда это не допускается по закону, и тогда имеют место общие последствия просрочки должника. Также не возникает вопроса, когда банковские программные средства технически препятствуют совершить недопустимую операцию в иностранной валюте (удивляет только то, что гражданин не может перечислить иностранную валюту с одного своего счета на другой в ином банке; видимо, законодатель именно так видит «безопасность» граждан, заставляя их снимать наличную иностранную валюту и отвозить в другой свой банк).

Представляется, что расчеты в иностранной валюте, хотя бы и совершенные в противоречии с законом, прекращают обязательство, поскольку имущественные интересы самих участников обязательства не нарушаются. Но даже если отвергнуть это суждение, имея в виду, что достижение противоправной цели не должно допускаться, поскольку речь идет о публичном, а не о частном интересе, предоставление защиты недобросовестному лицу, которое добровольно заплатило иностранную валюту или, наоборот, получило ее, а затем само и оспаривает этот платеж, может обсуждаться в контексте п. 5 ст. 166 ГК.

Хотя указанное выше разграничение понятий «валюта долга» и «валюта платежа» действительно не представляет собой какой-то особой сложности, текущая практика показывает, что суды допускают ошибки, принимая решения в противоречие с комментируемым разъяснени-

ем, которые приходится исправлять на самом высоком инстанционном уровне. Возможно, отмененное ошибочное решение по приведенному ниже делу было принято ввиду избыточно казуистического толкования договора в части валютной оговорки. Договор предусматривал, что «займодавец передает заемщику заем на сумму 11 700 000 руб., что эквивалентно 390 000 долл. США, а заемщик обязуется вернуть указанную сумму займа в обусловленный настоящим договором срок и выплачивать на нее ежемесячное денежное вознаграждение, указанное в договоре». Из этого был сделан вывод, что положения договора не содержат условий о том, что обязательство (долг) подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (валюта долга) на дату возврата денежных средств полностью или частями. При этом суд проигнорировал указание в договоре на эквивалентность рублевой суммы определенной сумме в иностранной валюте, как будто стороны сделали это без какой-либо юридической цели. Системный метод толкования договора¹ означает, что положение договора, в принципе, может найти свое применение и стороны видели в нем какой-то смысл, за исключением очевидной абсурдности условия соглашения. Пока не доказано иное, при указании в договоре эквивалента рублевой суммы в иностранной валюте следует считать, что воля сторон была направлена на установление косвенной валютной оговорки, соответствующей п. 2 ст. 317 ГК. Примененное судом толкование неприемлемо, и его судебный акт был обоснованно отменен². Надо сказать, что указанная судебная ошибка не является единичной³.

Несмотря на то, что ВС в своей текущей практике исправляет подобные судебные ошибки, защита права по косвенной валютной оговорке, кредиторам следует предпринять усилия для того, чтобы буквально определить в оговорке, что обязательство подлежит исполнению в рублях по курсу соответствующей иностранной валюты.

Практика также показывает, что при толковании условий договора о валютной оговорке наблюдаются различные подходы судей, в том числе к методам толкования. Так, по одному из дел, дошедшему до самой вершины инстанционной пирамиды, обсуждался вопрос об обоснованности применения различных методов толкования валютной оговорки в отношении основной суммы займа и в отношении

¹ См. абз. 4 п. 43 Постановления № 49.

² См.: Определение СКГД ВС от 22 декабря 2020 г. № 58-КГ20-6-К9.

³ См.: Определение СКГД ВС от 17 октября 2017 г. № 5-КГ17-138.

процентов за пользование им¹. Не имея возможности непосредственного толкования условий договора, остановимся лишь на правовых аспектах, а не на оценке правильности применения методов толкования в конкретном случае. Данное дело дает повод задаться вопросом о том, может ли валютная оговорка в договоре займа в отношении суммы займа принимать вид косвенной оговорки, а в отношении процентов – прямой или наоборот (смешанная валютная оговорка). На него можно уверенно дать утвердительный ответ. Ничто в гражданском законодательстве не дает повода ограничить свободу усмотрения сторон по этому вопросу, если это не противоречит валютному законодательству. Таким образом, стороны вправе определить для одного вида обязательства косвенную валютную оговорку, а для другого – прямую.

Даже поверхностный анализ текущей практики по спорам, связанным с валютными оговорками, показывает, что достаточно часто встает вопрос об их толковании. В этом аспекте имеет смысл обратить внимание на то, что в рассматриваемом деле была поставлена под сомнение такая методология толкования, в соответствии с которой к одному положению договора судьи применили буквальный метод толкования (ч. 1 ст. 431 ГК), а к другому – метод выявления действительной общей воли (ч. 2 ст. 431 ГК). Абстрагируясь от оценки конкретного правоприменения в данном деле, заметим, что с теоретической, да и с практической, точки зрения такой подход может быть обоснован. Ведь одно условие договора может быть ясным и четким, а потому и должно истолковываться методом буквального толкования, а другое условие – неясным, а потому применение метода выявления действительной общей воли вполне оправданно. Применение различных методов толкования, если к тому есть основания, не противоречит системности условий договора, поскольку эта системность вовсе не устраняет случаев разной степени ясности составляющих ее элементов.

(г) В абз. 3 никакого разъяснения в действительности не содержится. Он представляет собой несколько измененный текст п. 2 ст. 317 ГК. Изменения заключаются в том, что в соответствующих местах добавлены понятия «валюта долга» и «валюта платежа», а из цитаты данного пункта изъяты указанные в скобках примеры условных единиц: экю, «специальные права заимствования». Не ясно, зачем эта редукция была предпринята. Если Пленум не стал этого делать ввиду неактуальности вопроса (действительно, использование условных денежных единиц – редкий случай на практике), то надо

¹ См.: Постановление Президиума ВС от 7 октября 2020 г. № 9-ПВ19.

было проводить данную линию последовательно. Тем не менее в других фрагментах условные денежные единицы упоминаются наряду с иностранной валютой¹.

(д) На практике иногда возникал вопрос о том, какое значение косвенная валютная оговорка имеет в тех случаях, когда полученные денежные средства подлежат возврату по тем или иным основаниям. Есть ли основания распространить валютную оговорку, т.е. правило о валюте долга, на реверсивное обязательство по возврату полученного?

Формально-юридически таких оснований не имеется. Дело в том, что обычно валютная оговорка распространяется на обязательство в узком смысле, например на обязательство уплаты цены товара. Когда по тем или иным основаниям возникает или перфекционируется обязательство по возврату полученной суммы, то перед нами другое обязательство. Если, согласно условиям договора, действительная воля сторон не предполагала распространение действия валютной оговорки на другое обязательство, то оснований для ее применения к исполнению этого другого обязательства не имеется.

Интересно отметить, что разработчики текста Постановления, видимо, имели на этот счет другие воззрения. Первоначальный текст проекта Постановления содержал следующее разъяснение. Если законом или договором не предусмотрено иное, условие договора о валюте долга **распространяется на обязанность по возврату** уплаченных ранее в соответствии с этим договором денежных сумм, в том числе и в случае его прекращения (ст. 450—453 ГК). Но Пленум отказался сформулировать данную правовую позицию вследствие относительной дискусионности и отсутствия достаточной судебной практики, а также в связи с недостаточностью одного такого простого универсального правила².

Этот отказ представляется обоснованным. Дело в том, что возврат полученного может происходить по различным основаниям и в различных обстоятельствах или, как было озвучено докладчиком, вследствие variability таких ситуаций³. Например, если договор расторгается по причине его нарушения получившим денежные средства лицом, то изменение курса иностранной валюты может оказаться невыгодным для лица, чьи права нарушены. Данное суждение приводило бы к тому, что нарушитель получал бы выгоду, но это представляется несправедливым. Отношения сторон, связанные с изменением курса

¹ Далее в настоящем комментарии указание на условные единицы, как правило, опущено для целей экономии.

² См. <https://www.youtube.com/watch?v=nlxzGrGwBb8>.

³ См. там же.

иностранной валюты при наличии оснований для возврата полученного, подчиняются соответствующему правовому регулированию. Так, возвращаясь к приведенному примеру, нарушенные права стороны договора подлежат защите не «зеркальным» применением валютной оговорки в отношении денежного обязательства, а правилами об убытках. Например, покупатель уплатил цену импортного автомобиля продавцу, который своего обязательства не исполнил. К моменту удовлетворения требования о возврате покупной цены курс рубля снизился по отношению к иностранной валюте, определяющей валюту долга, на определенный процент. Следовательно, образовавшая разница составляет сумму убытков покупателя. Если же, напротив, курс рубля повысился, то у покупателя вследствие этого обстоятельства не имеется убытков, но неисправный продавец обязан к возврату той цены, которая была получена, а не уменьшенной сообразно укреплению рубля.

Несмотря на то, что Пленум с очевидностью отказался от указанной правовой позиции, в текущей практике ВС можно усмотреть случаи, которые как будто бы допускают возможность применения валютной оговорки к реверсивному обязательству. Хотя надо признать, что мотивировка судебного акта не позволяет с уверенностью говорить о поддержке такого воззрения в качестве общего правила, в том числе и потому, что в ней придается значение присущих данному случаю особенностям взаимоотношений сторон по исполнению обязательств¹.

(е) Пленум, повторяя вслед за законодателем тот фрагмент нормы, который обозначает диспозитивность правила пересчета иностранной валюты в рубли, указывает, что курс определяется **на день платежа**, если иной курс или **иная дата** его определения не установлены законом или соглашением сторон. На самом деле пределы свободы усмотрения сторон договора шире, они могут определить не только иную дату, но и меньшую единицу времени, что может быть характерно для биржевых или околобиржевых сделок. Однако эта методология допустима также и для применения в другую сторону, например, когда берется средневзвешенный курс не на конкретную дату, а на определенный промежуток времени.

(ж) Пленум не коснулся еще одного вопроса, связанного с так называемой криптовалютой или, в условиях действующего законодательства, **цифровой валютой**. Между тем в судебной практике уже встречались случаи затруднений судей в определении правовой природы данных финансовых авуаров.

¹ См.: Определение СКГД ВС от 16 мая 2017 г. № 5-КГ17-15.

Согласно ч. 3 ст. 1 Федерального закона от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» цифровой валютой признается совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам.

Согласно ч. 5 ст. 14 названного Закона юридические лица, личным законом которых является российское право, филиалы, представительства и иные обособленные подразделения международных организаций и иностранных юридических лиц, компаний и других корпоративных образований, обладающих гражданской правоспособностью, созданные на территории Российской Федерации, физические лица, фактически находящиеся в Российской Федерации не менее 183 дней в течение 12 следующих подряд месяцев, **не вправе принимать цифровую валюту в качестве встречного предоставления** за передаваемые ими (им) товары, выполняемые ими (им) работы, оказываемые ими (им) услуги или иного способа, позволяющего предполагать оплату цифровой валютой товаров (работ, услуг).

Иными словами, применяя по аналогии ст. 317 ГК к оговоркам о цифровой валюте, следует признать недопустимость для перечисленных выше лиц согласовывать прямую оговорку о цифровой валюте, но нет препятствий для договоренности в отношении косвенной оговорки о цифровой валюте. Таким образом, соглашение о том, что обязательство выражается, например, в биткойнах, а исполняется в рублях по определенному сторонами курсу не противоречит закону.

Законодательное ограничение установлено для sinalлагматических обязательств, но по букве закона не касается других видов обязательств. Получается, что вполне допустим договор дарения цифровой валюты, соглашение о возмещении вреда в цифровой валюте и другие отношения, по которым цифровая валюта не подпадает под понятие

встречного предоставления. Выходит, что в таких случаях допускается и прямая оговорка о цифровой валюте.

28. При удовлетворении судом требований о взыскании денежных сумм, которые в соответствии с пунктом 2 статьи 317 ГК РФ подлежат оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, в резолютивной части судебного акта должны содержаться:

указание на размер сумм в иностранной валюте и об оплате взыскиваемых сумм в рублях;

ставка процентов и (или) размер неустойки, начисляемых на эту сумму; дата, начиная с которой производится их начисление, дата или момент, до которых они должны начисляться;

точное наименование органа (юридического лица), устанавливающего курс, на основании которого должен осуществляться пересчет иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли;

указание момента, на который должен определяться курс для пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли.

Определяя курс и дату пересчета, суд указывает курс и дату, установленные законом или соглашением сторон.

Если согласно закону или договору курс для пересчета иностранной валюты (валюта долга) в рубли (валюта платежа) должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату, суд самостоятельно осуществляет пересчет иностранной валюты в рубли и указывает в резолютивной части решения сумму основного долга в рублях. Если проценты и (или) неустойка, выраженные в иностранной валюте, начисляются до даты вынесения решения, суд также самостоятельно пересчитывает в рубли установленную в иностранной валюте сумму процентов (неустойки) и указывает в резолютивной части решения взыскиваемые суммы в рублях.

Если согласно исполнительному листу пересчет в рубли взыскиваемой денежной суммы, выраженной в иностранной валюте или условных денежных единицах, должен осуществляться по курсу, указанному в резолютивной части решения суда, исполняющий решение банк самостоятельно осуществляет такой пересчет и перечисляет рублевый эквивалент на счет взыскателя.

(а) Согласно ч. 1 ст. 309 ГК обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких ус-

ловий и требований – в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Когда права кредитора оказываются нарушенными и отношения сторон переходят на правоохранительную стадию, правопорядок должен по возможности обеспечить защиту субъективных гражданских прав, определяемых по условиям обязательства и другим источникам, приведенным в указанной норме. Пока обязательство не исполнено, будь то добровольно или принудительно, должник продолжает оставаться обязанным и связанным всеми релевантными условиями обязательства. Это касается и валютной оговорки. Поэтому требуется гармонизировать правила материального права с процессуальным правом, чтобы обеспечить действие данного условия обязательства, вплоть до того, пока кредитор не получит удовлетворение.

Ни материальное, ни процессуальное законодательство не содержит детального регулирования, обеспечивающего достижение названной цели. Поэтому о защите нарушенного гражданского права позаботилась судебная практика.

(б) Разъяснение абз. 1–6 комментируемого пункта представляет собой несколько видоизмененную цитату рекомендации, выработанной в арбитражной практике¹.

Для достижения указанной в предыдущем пункте комментария цели Пленум предусматривает специальное содержание резолютивной части решения суда о присуждении соответствующих сумм. Оно должно включать следующие пять элементов.

Первый касается указания на размер **сумм в иностранной валюте** и о том, что эти суммы подлежат оплате в рублях. Несмотря на то, что указание на иностранную валюту именно в резолютивной части представляется единственно верной методологией, на практике суды допускают нарушения, присуждая должника к платежу в соответствии с косвенной валютной оговоркой, но указывая в резолютивной части только на рублевое взыскание, что вынуждает к исправлению таких недочетов на самом высоком инстанционном уровне, причем своеобразным процессуальным способом².

Наличие упоминания сумм во множественном числе объясняется тем, что взыскание может иметь место в отношении нескольких требований, например, в отношении суммы основного долга, регулятивных процентов и неустойки. Такая методология позволяет уже после

¹ См. п. 11 Информационного письма № 70.

² См., например, Определение СКЭС ВС от 6 октября 2017 г. № 303-ЭС17-8083.

вынесения решения суда учитывать динамику курса иностранной валюты, что соответствует договоренности сторон, если она сводится к определению курса на момент исполнения обязательства.

При сравнении этого элемента с ранее предусмотренной правовой позицией в арбитражной практике выявляется, что его структура перестроена с перестановкой слов, которая содержательно ничего не меняет, хотя логически больше отвечает последовательности мыслительных операций. Кроме того, если прежняя правовая позиция охватывала не только иностранную валюту, но и условные денежные единицы, то действующая этого не предусматривает. Помимо этого, изъято указание на необходимость точного определения наименования этой валюты. Из данного удаления также не следует делать вывод, что имелось в виду допустить неточное наименование валюты, а скорее всего изъятие объясняется тем, что названное требование есть избыточное написание в отношении того, что и так ясно.

Применяя данное разъяснение, следует учитывать, что в некоторых случаях вместо суммы в иностранной валюте может потребоваться указывать другой показатель. Речь идет о таких ситуациях, когда размер самого обязательства является изменяющимся, например, если цена того или иного товара определена через ее привязку тем или иным образом к биржевой цене этого товара на определенный момент, скажем, на предшествующий платежу день. Следовательно, судебному приставу-исполнителю при определении причитающейся взыскателю суммы в рублях надо проделать трехэтапные вычисления: 1) сначала определить биржевую цену товара и, соответственно, сумму в иностранной валюте, 2) затем определить надлежащий валютный курс и 3) перевести сумму в рублевый эквивалент.

Второй элемент включает указание **ставки процента** и (или) **размера неустойки**¹, начисляемой на эту сумму.

Ни прежняя правовая позиция, ни действующая не уточняют, о каких процентах идет речь, регулятивных или охранительных. Это позволяет сделать вывод, что разъяснение распространяется как на те, так и на другие.

Суждение Пленума соединяет требование о взыскании процентов и (или) неустойки с указанием на то, что они начисляются **на эту сумму**. Под последней понимается сумма, названная в первом элементе, которая обычно представляет собой взыскиваемый основной долг или

¹ Для неустойки и охранительных процентов следует также учитывать разъяснения, содержащиеся соответственно в п. 74 и 39 Постановления № 7.

процентный дополнительный долг. Ясно, что здесь исходят из наиболее распространенных случаев, и поэтому надо учитывать, что база, на которую начисляются соответствующие проценты и (или) неустойка, может и не взыскиваться, тем не менее ее все равно надо указывать. Если же сумма процентов и (или) неустойки, согласно удовлетворенному требованию истца, не подлежит дальнейшему начислению после вынесения решения, в указании на ту сумму, на которую они начисляются, равно как и на ставку, нет необходимости. В такой ситуации достаточно указать сумму уже начисленных процентов и (или) неустойки в иностранной валюте, а также указать, что они подлежат оплате в рублях. К такому случаю также неприменимы указанные ниже третий – пятый элементы (см. п. «Г» комментария ниже). Кроме того, нет необходимости в указании какой-либо суммы, помимо суммы неустойки, когда речь идет о взыскании паушального штрафа, если он не привязан к той или иной сумме.

Третий элемент содержит требование указывать дату, начиная с **которой** производится начисление процентов и (или) неустойки, а также дату или момент, **до которых** они должны начисляться. Сравнительный анализ показывает, что прежняя правовая позиция, соединявшая второй и третий элементы вместе, не оперировала понятием момента. Требовалось указывать только день, до которого надлежит начислять соответствующие проценты и (или) неустойку.

Действующее разъяснение, вводящее альтернативу конечной даты в виде **момента**, более детализировано и отвечает известной договорной практике, а также существу дела. О каком моменте идет речь? Пленум не дает ответа на этот вопрос. Под этот вариант подходит такая ситуация, когда, например, соответствующее начисление должно прекратиться уплатой суммы, на которую оно производится, или начисление производится до достижения размера неустойки предельной величины, предусмотренной применимыми условиями договора об ограничении ответственности. Впрочем, все эти события все равно происходят в какую-то дату, поэтому указание в резолютивной части решения, что проценты подлежат начислению, например, до даты исполнения основного обязательства, ошибки не содержит.

Четвертый элемент призван определить, какой **субъект** определяет курс иностранной валюты к рублю. Таковым может выступать определенный орган, включая государственный орган, например, Центральный банк РФ или юридическое лицо, например, соответствующая биржа. Этот фрагмент в Постановлении является точной цитатой из прежней правовой позиции. Здесь такой модус, как точное

указание соответствующего органа, в отличие от точного указания валюты никого не смутит.

Пятый элемент указывает на необходимость определения **момента**, на который берется **курс** для пересчета иностранной валюты в рубли. Этот фрагмент также является точной цитатой из прежней правовой позиции. При этом сторонам, формулирующим условия определения данного момента в договоре, следует детальнее обозначать такой момент, особенно учитывая, что в некоторых случаях курс изменяется в течение дня, например на бирже. Если договор такой детализации не имеет, курс, видимо, должен определяться на начало дня (биржевой сессии). Опять же, при молчании договора биржевой курс берется по инструменту с расчетами сегодня, например, для наиболее распространенной пары рубль / доллар – тиккер *USDRUB_TOD*. Естественно, в этом нет необходимости, если используется официальный курс иностранной валюты, устанавливаемый Центральным банком РФ.

(в) Абзац 7 комментируемого пункта полностью заимствован из прежней правовой позиции¹ и требует определения курса и даты пересчета иностранной валюты, установленных законом или соглашением сторон.

Причем если в предыдущем абзаце введена альтернатива дате, до которой начисляются проценты и (или) неустойка в виде определения соответствующего момента, то здесь подобная методология не применяется. Тем не менее она требуется и в данном случае. Дело в том, что одним из распространенных условий косвенной валютной оговорки является такое соглашение сторон, которое предусматривает определение курса на момент исполнения денежного обязательства. Взыскивая причитающиеся истцу (кредитору) денежные средства по обязательству, суд не может знать, в какую дату будет произведено исполнение. Поэтому и в этом случае потребуются указание на момент, в который следует определять курс пересчета иностранной валюты. Он берется на ту дату, в которую причитающееся кредитору перечисляется ему (день фактического платежа), причем независимо от того, идет ли речь о добровольном исполнении решения суда должником или о принудительном исполнении. Впрочем, и здесь допустимо указание на дату фактического платежа.

Источник заимствования содержит не только тождественное комментируемому разъяснению суждение, но добавляет к нему еще одну

¹ См. абз. 1 п. 12 Информационного письма № 70.

правовую позицию¹, посвященную установлению сторонами собственного курса. Пленум в данном пункте ее не приводит, а указывает в п. 29 Постановления. Кроме того, следует учитывать, что может предусматриваться не только конкретная дата, на которую определяется курс иностранной валюты, но и иной метод его исчисления, например, средневзвешенный курс за определенный период или курс на определенную дату с увеличением на какую-то величину.

(г) Абзац 8 представляет собой очередное заимствование² с незначительными редакционными изменениями.

Правовая позиция сводится к тому, что суд **самостоятельно** определяет курс иностранной валюты, производит ее пересчет в рубли и указывает в резолютивной части взыскиваемую сумму в рублях. Она подлежит применению, если курс должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату.

Пленум не раскрывает случаи, когда именно **согласно закону или договору** курс должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату. Видимо, это связано с тем, что исчерпывающим образом детально определить названные случаи не представляется возможным. Прежде всего необходимо учитывать волю сторон обязательства, которые могут определить данное условие, хотя более распространенным случаем является определение курса на дату исполнения обязательства, а не на дату присуждения долга. В некоторых случаях момент определения курса определяется законом. Например, если речь идет о требовании кредитора в деле о несостоятельности, то курс иностранной валюты определяется на дату введения каждой процедуры, применяемой в деле о банкротстве и следующей после наступления срока исполнения соответствующего обязательства (абз. 4 п. 1 ст. 4 Закона о банкротстве).

Тот факт, что Пленум оперирует понятием «основной долг», не означает, что тот же принцип не должен распространяться и на присуждение по другим видам обязательства, например дополнительным, что следует из следующего предложения комментируемого абзаца.

Принцип здесь понятен — если курс иностранной валюты определяется в прошлом или настоящем и не подлежит дальнейшему изменению, нет необходимости переносить его определение на стадию исполнения решения суда. Поэтому суд определяет курс и производит

¹ См. абз. 2 Информационного письма № 70.

² См. там же, п. 10.

пересчет самостоятельно при вынесении решения, а не отдает это на будущее другим органам или лицам.

Во втором предложении комментируемого абзаца устанавливается почти такой же принцип в отношении процентов (неустойки). Здесь можно усмотреть один нюанс. Если в предыдущем предложении указывается не только на дату вынесения решения, но и на случай, когда курс определяется **на более раннюю дату**, то в комментируемом предложении это почему-то не сделано. Едва ли Пленум имел в виду, что для взыскания процентов (неустойки) не может применяться этот метод, ибо в этом нет никакого смысла.

Кроме того, из гипотезы правовой позиции следует, что она применяется, если проценты (неустойка) **начисляются до даты вынесения решения**. На самом деле до какой даты начисляются проценты (неустойка), не имеет решающего значения. Ведь очевидно, что данное разъяснение подлежит применению и в том случае, когда проценты (неустойка) уже не начисляются (например, потому что основное обязательство исполнено) или будут начисляться и в будущем. Решающим является то обстоятельство, что, согласно закону или договору, курс иностранной валюты определяется на дату вынесения решения или на более раннюю дату.

Таким образом, правильная правовая позиция должна сводиться к следующему. Если согласно закону или договору курс для пересчета иностранной валюты в рубли в отношении присуждаемой суммы должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату, суд самостоятельно осуществляет пересчет иностранной валюты в рубли и указывает в резолютивной части решения соответствующую сумму в рублях.

(д) Абзац 9 (последний) комментируемого пункта обращается к пересчету иностранной валюты на стадии исполнения решения суда банком. Он представляет собой видоизмененный фрагмент ранее сформулированной для арбитражных судов правовой позиции¹.

Существо правовой позиции сводится к очевидному суждению, что **банк самостоятельно** осуществляет пересчет иностранной валюты **по курсу, указанному в резолютивной части решения суда**, и перечисляет рублевый эквивалент на счет взыскателя.

Прежняя правовая позиция была несколько иной. Если согласно исполнительному листу пересчет в рубли взыскиваемой денежной суммы, выраженной в иностранной валюте или условных денежных единицах, должен осуществляться **по курсу, устанавливаемому Банком**

¹ См. п. 15 Информационного письма № 70.

России, либо по курсу банка, осуществляющего списание, банк самостоятельно осуществляет такой пересчет и перечисляет рублевый эквивалент на счет взыскателя.

И та и другая правовая позиция требует уточнения. На самом деле речь должна идти о том, что в случае взыскания иностранной валюты по курсу в рублях банк самостоятельно осуществляет пересчет иностранной валюты в рубли по официальному курсу Банка России на день фактического исполнения (платежа), если в исполнительном документе не установлен иной момент определения курса и (или) субъект, устанавливающий курс.

Прежняя правовая позиция страдает тем недостатком, что не указывает, на какой именно момент применяется названный в ней курс (правда, это указано в другом месте рекомендаций)¹. Комментируемая правовая позиция страдает противоречием, исходя из принципов разъяснений, сформулированных в Постановлении выше.

Из этих разъяснений следует, что если курс, по которому должен производиться пересчет, был известен суду, то в резолютивной части решения он не указывается, так как суд самостоятельно производит пересчет и указывает подлежащую сумму в рублях. Если же суду курс неизвестен, потому что он, согласно закону или договору, определяется в будущем, то в решении суда не может указываться этот курс, как сказано в комментируемом разъяснении. Получается, что комментируемый абзац описывает такую ситуацию, которой, согласно другим разъяснениям, быть не может. В таком случае в решении суда должны указываться орган или лицо, устанавливающие курс, и момент, на который он определяется. Чтобы устранить выявленное противоречие, необходимо применять рассматриваемое разъяснение в предложенной нами выше интерпретации.

29. Стороны вправе в соглашении установить курс пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли или установить порядок определения такого курса.

Если законом или соглашением сторон курс и дата пересчета не установлены, суд в соответствии с пунктом 2 статьи 317 ГК РФ указывает, что пересчет осуществляется по официальному курсу на дату фактического платежа.

Для иностранных валют и условных денежных единиц, котируемых Банком России, под официальным курсом понимается курс этих валют (единиц) к рублю, устанавливаемый Банком России на основании ста-

¹ См. там же, абз. 1 п. 13.

ты 53 Федерального закона от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)».

Если Банк России не устанавливает курс иностранной валюты (условной денежной единицы) к рублю, пересчет осуществляется на основании предоставленных сторонами данных о курсе этой валюты (единицы), устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют или условных денежных единиц, котируемых Банком России.

(а) Свобода договора сторон распространяется и на курс пересчета иностранной валюты в рубли. Банк России устанавливает официальный курс, но иностранная валюта на свободном рынке выступает товаром, причем, как правило, биржевым товаром, на который распространяются рыночные законы спроса и предложения. Биржевой курс иностранной валюты, как правило, всегда отличается от официального курса, поскольку последний менее подвижный. Стороны могут быть заинтересованы в том, чтобы использовать иной курс пересчета иностранной валюты в рубли, в том числе учитывая условия своих конверсионных сделок. Например, если продавец товара заинтересован перевести полученную цену товара в иностранную валюту в определенном банке, стороны могут согласовать курс этого банка. Если для соответствующей стороны является важным определенный индивидуально рассчитанный курс, она вправе договориться с другой стороной о применении такого собственного курса или порядка его определения.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум продолжает линию на поддержку свободы договора по рассматриваемому вопросу. Он воспроизводит рекомендацию, выработанную в арбитражной практике¹, с тем только отличием, что редуцирует указание на «собственный» курс, используя словоупотребление о праве сторон установить в соглашении курс пересчета иностранной валюты в рубли или порядок определения такого курса.

Данная редукция, видимо, не имеет содержательного значения, поскольку упор на то, что курс является собственным, может рассматриваться излишним, поскольку это и так следует из рассматриваемого текста.

Под **порядком установления** курса следует понимать любое соглашение, которое позволит сторонам и любому третьему лицу, обладающему той же информацией, определить соответствующий курс, без необходимости его дополнительного согласования.

¹ См. абз. 2 п. 12 Информационного письма № 70.

Пленум трактует о договорном курсе пересчета иностранной валюты, поскольку это наиболее распространенный случай. Тем не менее надо принимать во внимание, что в некоторых случаях такой курс может быть установлен и односторонней сделкой, например, публичное обещание награды (гл. 56 ГК).

(в) В абз. 2 комментируемого пункта приводится точная цитата рекомендации выработанной в арбитражной практике правовой позиции¹. На первый взгляд кажется, что она ничем не отличается от второго предложения п. 2 ст. 317 ГК.

Коль скоро стороны обозначили валютой долга иностранную валюту, но не позаботились установить, какой курс пересчета в валюту платежа (рубли) и на какой момент времени должен применяться, действует легко интуитивно определяемое правило — официальный курс иностранной валюты на день платежа. Собственно, вроде бы только об этом и сказано в комментируемом фрагменте Постановления. Но есть несколько нюансов.

Пленум трактует о том, что суд **указывает** на пересчет, осуществляемый по официальному курсу на дату фактического платежа. О какой категории спора и где должно быть сделано такое указание, не уточняется. Судя по контексту, а также по отсылке к п. 2 ст. 317 ГК, можно считать, что речь идет о взыскании судом соответствующей суммы, выраженной в иностранной валюте, и тогда соответствующее указание должно быть сделано в резолютивной части, что отмечено в предыдущем пункте Постановления. Но вопрос определения курса и момента его определения может вставать перед судом и в других категориях дел, например, при определении размера, в котором встречные однородные обязательства прекратились зачетом. Здесь уже придется определять курс по моменту зачетной перфекции соответствующих встречных требований и указывать на это в мотивировочной части решения суда. Это объясняется тем простым обстоятельством, что определение курса иностранной валюты и момента его определения характеризует размер субъективного гражданского права, что может проявляться в различных аспектах динамики обязательственного отношения сторон, а не только при взыскании соответствующих сумм.

Если законодательная норма оперирует понятием курса на день платежа, то Пленум применяет понятие курса **на дату фактического платежа**. На самом деле для определения курса дата фактического платежа может выступать в трех разных значениях.

¹ См. абз. 1 п. 13 Информационного письма № 70.

Первое — это момент, в который платеж по условиям обязательства должен был состояться, но не состоялся (фактически не состоявшийся платеж). Второе — когда платеж состоялся с просрочкой или без таковой (фактически состоявшийся платеж). Третье — платеж, который должен состояться в будущем (предстоящий фактический платеж). Все это можно именовать фактическим платежом, но даты у них будут различными. Для одних случаев релевантным может быть один момент, а для других — иной.

При этом в первом и втором случае суду известен курс, который должен применяться в дату несостоявшегося платежа и в день фактического платежа соответственно, а в третьем — неизвестен. Известность курса суду предопределяет метод указания взыскиваемой суммы в решении суда (см. комментарий к предыдущему пункту Постановления).

Если второй и третий случай в той или иной степени отмечены в Постановлении, то в отношении первого случая никаких упоминаний нет, хотя на практике суды обоснованно придают этому правовое значение. Так, из обстоятельств одного дела следовало, что в договоре участия в долевом строительстве была предусмотрена валютная оговорка. Застройщик допустил просрочку в исполнении обязательства по передаче объекта долевого строительства, поэтому суд обоснованно пришел к выводу о том, что убытки участника долевого строительства, вызванные просрочкой исполнения обязательства, в том числе обусловленные изменением в этот период курса валют, должны быть отнесены на сторону, допустившую такую просрочку, а день платежа должен определяться исходя из условий договора¹.

Таким образом, в подобных случаях для целей определения курса иностранной валюты правовое значение имеет не собственно день фактического платежа (его вообще может не случиться), а день, когда он должен был быть произведен согласно условиям договора.

Но в тех ситуациях, когда по условиям соглашения курс определяется на день фактического платежа должника, предусмотренная соглашением дата, в которую он должен был состояться, но не состоялся, значения для определения курса не имеет, что не всегда учитывается некоторыми судами, но в текущей практике ВС обоснованно принимается во внимание².

¹ См.: Определение СКГД ВС от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117 и п. 10 Обзора судебной практики ВС № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС 14 ноября 2018 г.).

² См.: Определение СКГД ВС от 17 июля 2018 г. № 49-КГ18-14.

Кроме того, надо учитывать, что, согласно методу установления официального курса на соответствующую дату, курс буквальным образом может не устанавливаться. Так, например, курс доллара к рублю устанавливается Банком России в рабочие дни на основании данных о средневзвешенном курсе доллара США по отношению к рублю, рассчитанном по сделкам, заключенным на организованных торгах Публичного акционерного общества «Московская биржа ММВБ-РТС» по долларам США за рубли со сроком расчетов на следующий рабочий день после даты заключения сделки (со сроком расчетов «завтра») в период с 10 час. 00 мин. по 11 час. 30 мин. по московскому времени. Если торги в соответствующий день не проводятся, то, строго говоря, официальный курс на следующий день не определяется. В таком случае он устанавливается по предыдущему официальному курсу¹. Так, например, если, скажем, в пятницу торги валютной парой с расчетами «завтра» (*USDRUB_TOM*) не проводились, то в понедельник официальный курс определяется по установленному в четверг курсу для пятницы. В условиях высокой волатильности эти темпоральные разрывы могут приводить к существенному различию в курсах, что требует внимания участников оборота, стремящихся к максимальному хеджированию валютных рисков.

(г) В п. 2 ст. 317 ГК законодатель оперирует понятием официального курса соответствующей валюты. На практике не было никаких сомнений в определении **органа**, устанавливающего официальный курс, тем не менее сначала для арбитражных судов², а в данном Постановлении — для всей юрисдикции сформулировано указание на этот орган.

Абзац 3 комментируемого пункта представляет собой почти точную цитату рекомендаций для арбитражных судов, с той только разницей, что для названного Закона добавлены его реквизиты, а также исправлена опечатка в номере статьи Закона.

Согласно ст. 53 Федерального закона от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» Банк России устанавливает и публикует официальные курсы иностранных валют по отношению к рублю в порядке, определенном нормативным актом Банка России. Упомянутый в норме порядок установлен в указании Банка России от 14 марта 2019 г. № 5094-У «О порядке установ-

¹ См. п. 2, 4 указания Банка России от 14 марта 2019 г. № 5094-У «О порядке установления и опубликования Центральным банком Российской Федерации официальных курсов иностранных валют по отношению к рублю».

² См. абз. 2 п. 13 Информационного письма № 70.

ления и опубликования Центральным банком Российской Федерации официальных курсов иностранных валют по отношению к рублю».

(д) Банк России устанавливает официальные курсы не для всех иностранных валют (в настоящее время для тридцати четырех¹). В связи с этим возникает практическая потребность определить соответствующий курс для оставшихся неохваченными нашим регулятором иностранных валют (некотируемые иностранные валюты).

В практике арбитражных судов было найдено решение², которое с незначительными редакционными изменениями также закреплено в абз. 4 (последнем) комментируемого пункта. Стороны должны сами озаботиться получением данных о курсе некотируемой иностранной валюты, устанавливаемом уполномоченным **органом (банком) соответствующего государства** или международной организации к одной из иностранных валют, котируемых Банком России. При возникновении между сторонами спора о надлежащем курсе пересчета иностранной валюты эти данные предоставляются суду.

Простое перенесение правовой позиции арбитражной практики в действующее в современных изменившихся условиях Постановление создает некоторую неопределенность в отношении метода установления курса.

Дело в том, что Банк России рекомендовал определять курс с использованием установленного им официального курса доллара США по отношению к рублю, действующего на дату определения курса, и курса некотируемой иностранной валюты к доллару США на дату, предшествующую дате определения курса³. При этом в 2015 г., согласно официальной информации⁴, была начата публикация этих курсов к доллару США⁵.

В связи с этим возникает конкуренция двух методов определения курса — между предписанным Пленумом и рекомендованным Банком России. Ясно, что последний метод менее затратный для сторон, а также более достоверный, поскольку практически исключает фальсификацию курса. Но, что более важно, использование разных методов может приводить к отличающемуся результату применения курса пересчета.

¹ См. http://www.cbr.ru/currency_base/P/ (дата обращения: 19.07.2021).

² См. абз. 3 п. 13 Информационного письма № 70.

³ См.: Письмо Банка России от 14 января 2010 г. № 6-Т «Об определении курсов иностранных валют по отношению к рублю, официальные курсы которых не устанавливаются Банком России».

⁴ См.: Информация Банка России «О публикации данных Thomson Reuters о курсах иностранных валют к доллару США на сайте Банка России» // Вестник Банка России. 2015. № 78.

⁵ См. http://www.cbr.ru/hd_base/seldomc/sc_daily/ (дата обращения: 19.07.2021).

С учетом сложившихся обстоятельств сторонам, которые используют валютную оговорку в отношении некотируемых иностранных валют, настоятельно рекомендуется установить в соглашении собственный порядок определения курса пересчета таких валют в рубли или воспользоваться ссылкой к порядку, рекомендованному Банком России.

(е) В абз. 4 (последнем) комментируемого пункта Пленум вводит альтернативу в отношении субъекта, определяющего курс иностранной валюты или условной денежной единицы. В разъяснении к таковым относятся: уполномоченный орган (банк) соответствующего государства **или международная организация**. О какой международной организации идет речь? Возможно, здесь имелся в виду курс условной денежной единицы, который органами государства не устанавливается. Такой организацией, например, может выступать Международный валютный фонд (МВФ, *International Monetary Fund*), который котирует специальные права заимствования (СДР, *Special Drawing Rights*), курс которых определяется на основе спотовых обменных курсов пяти иностранных валют, устанавливается к доллару США и ежедневно публикуется на официальном сайте МВФ¹.

30. В случае, если денежное обязательство выражено в иностранной валюте или условных денежных единицах, котируемых Банком России, однако должно быть оплачено в рублях не по курсу Банка России, а по иному подлежащему определению курсу и при этом в отношении существования такого курса и (или) порядка определения его размера не будет представлено достаточных доказательств, суду следует применять курс Банка России.

В случае, если денежное обязательство выражено в иностранной валюте или условных денежных единицах, не котируемых Банком России, и подлежит оплате в рублях по курсу, в отношении существования которого и (или) порядка определения его размера не будет представлено достаточных доказательств, для пересчета используются предоставленные сторонами данные о курсе этой валюты (единицы), устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют или условных денежных единиц, котируемых Банком России.

(а) Свобода договора в установлении собственного курса иностранной валюты или порядка его определения чревата, как и всякая

¹ См. <https://www.imf.org/ru/Home> (дата обращения: 14.09.2021).

свобода, большим риском, связанным с отклонением от диспозитивной нормы закона. Стороны могут предусмотреть такой курс, определяемый не Банком России, который в юридически значимый момент может не существовать. Например, определенный сторонами банк перестал устанавливать соответствующий курс вследствие его банкротства. Также стороны могут предусмотреть такой порядок определения курса, что в указанный момент его невозможно будет использовать ввиду нефункциональности, — например, стороны предусмотрели индивидуальный расчет этого курса с использованием биржевых данных на определенный день, а на бирже в этот день соответствующий инструмент не торговался.

Абзац 1 комментируемого пункта, заимствованный из рекомендаций, выработанных для арбитражной практики¹, как раз посвящен такой ситуации для случая, когда валютой долга является котируемая иностранная валюта. Поскольку доказать существование соответствующего курса или порядка его определения сторонам не удалось, суд применяет официальный курс соответствующей иностранной валюты.

Эта правовая позиция, адресованная судьям, предопределяет модус надлежащих действий и самих сторон в соответствующий момент. Коль скоро должник не может определить согласованный сторонами курс, он обязан к платежу по официальному курсу, а кредитор вправе требовать от должника соответствующую сумму в рублях по данному курсу.

Также данная правовая позиция подсказывает участникам гражданского оборота методологию управления риском дисфункции договорного курса. Они могут своим соглашением дифференцировать валютную оговорку, предусмотрев запасные варианты определения курса и приспособить их к своим потребностям, применительно к приведенным примерам — определить иной банк или иной биржевой инструмент и т.п.

(б) Текст абз. 2 также является заимствованием правовой позиции, выработанной ранее для арбитражных судов². Здесь речь идет о все той же недостаточности доказательств существования курса или порядка его определения, но только в отношении некотируемой валюты. Соответственно, коль скоро применить официальный курс иностранной валюты Банка России не представляется возможным, применяется метод, уже использованный в предыдущем пункте. Поэтому в отношении данного абзаца применим п. «д» комментария к п. 29 Постановления.

¹ См. абз. 1 п. 14 Информационного письма № 70.

² См. там же, абз. 2 п. 14.

(в) И в абз 1, и в абз. 2 Пленум трактует о подтверждении курса **достаточными** доказательствами, однако ясно, что не имелось в виду сузить методологию оценки доказательств, установленную процессуальным законом. Суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также взаимную связь доказательств в их совокупности (ч. 2 ст. 71 АПК, ч. 3 ст. 67 ГПК), а не только их достаточность. Естественно, применяются и все другие правила в отношении доказательств, их предоставления и оценки судом.

(г) В отношении указанной в разъяснении международной организации см. п. «е» комментария к п. 29 Постановления.

31. Иностранная валюта может выступать в качестве средства платежа в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом, или в установленном законом порядке.

В случае, когда в договоре денежное обязательство выражено в иностранной валюте (валюта долга) без указания валюты платежа, суду следует рассматривать в качестве валюты платежа рубль (пункт 2 статьи 317 ГК РФ).

Признание судом недействительным условия договора, в котором иностранная валюта является средством платежа, не влечет признания недействительным договора в целом, если можно предположить, что договор был бы заключен и без этого условия (статья 180 ГК РФ). В этом случае, если денежное обязательство не было исполнено, валютой платежа считается рубль.

(а) Как бы ни стремилось государство ввиду публичных интересов организовать платежи на своей территории в национальной валюте, потребности оборота заставляют сделать исключения и допустить в определенных случаях расчеты в иностранной валюте.

Согласно п. 2 ст. 140 ГК случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке. Что касается исполнения обязательств, то п. 3 ст. 317 ГК устанавливает на этот счет правило, согласно которому использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории Российской Федерации по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке.

Из этих норм следует, что иностранная валюта может быть не только валютой долга, но и валютой платежа, однако только в ограниченных, нормативно определенных случаях.

Ранее в арбитражной практике эта идея отражалась в соответствующих рекомендациях не вполне точно. Отмечая, что в соответствии с п. 1 ст. 317 ГК денежное обязательство должно быть выражено в рублях, далее определялось: вместе с тем п. 2 ст. 140 и п. 3 ст. 317 ГК РФ допускают использование на территории Российской Федерации иностранной валюты в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом, или в установленном законом порядке. Поэтому в случае, когда на территории Российской Федерации допускается использование иностранной валюты в качестве средства платежа по денежному обязательству, последнее может быть **выражено** в иностранной валюте¹. То, что обязательство может быть выражено в иностранной валюте (валюта долга), установлено в п. 2 ст. 317 ГК, а в п. 3 ст. 317 ГК речь идет не о валюте долга, а о валюте платежа.

В абз. 1 комментируемого пункта Пленум передает содержание приведенных выше законоположений, хотя и в сокращенном варианте, но вполне точно – платеж в иностранной валюте допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом, или в установленном законом порядке.

Тот факт, что Пленум не охватил используемое в законе понятие **платежных документов в иностранной валюте**, видимо, объясняется неактуальностью этого вопроса. Так, например, такие платежные документы, как дорожные чеки, не так часто используются, особенно в России.

Использование в разъяснении понятия «средство платежа» в приведенном контексте не тождественно известному ГК понятию «электронное средство платежа», поскольку применяется в общепотребительном значении.

Изложенное показывает, что абз. 1 не содержит разъяснения и не только не выходит за рамки буквального смысла закона, а, наоборот, сужает его, что, однако, не является ограничительным толкованием.

(б) Практика сталкивается с такими случаями, когда обязательство выражено в иностранной валюте без указания валюты платежа. Такая ситуация не охватывается буквальным смыслом гипотезы п. 2 ст. 317 ГК, который трактует о том, что обязательство не только выражено в валюте, но и предусматривает, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной сумме иностранной валюты.

В арбитражной практике для таких случаев устанавливалась интерпретационная презумпция. В случае когда в договоре денежное обя-

¹ См. п. 2 Информационного письма № 70.

зательство выражено в иностранной валюте без указания о его оплате в рублях, суду следует рассматривать такое договорное условие как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК, **если только при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК суд не придет к иному выводу**¹.

Выражение о том, что суду следует рассматривать такое договорное условие соответствующим образом, означает, что речь идет об интерпретационной презумпции, которая может быть опровергнута. Если в договоре обязательство выражено в иностранной валюте, но не обозначено, как производятся расчеты, то такое обязательство не позволяет буквальным образом определить содержание договора в отношении валюты платежа. Применяется интерпретационная презумпция о расчетах в рублях, но если одна из сторон заявляет, что действительная воля сторон была иной, соглашение требует толкования с целью установления действительной общей воли сторон. Если в деле представлены доказательства, что действительная общая воля сторон сводилась к расчетам в иностранной валюте, но ни одна из сторон не заявляет о том, что имелись в виду расчеты в иностранной валюте, как и не заявляет обратного, было бы логичным вынести этот вопрос на обсуждение сторон.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум с несущественным для смысла изменением редакции устанавливает такой же подход, однако изымает оговорку о том, что правила толкования договора могут опровергнуть эту презумпцию. Буквальный текст разъяснения Пленума может восприниматься таким образом, что во всяком случае, когда в договоре денежное обязательство выражено в иностранной валюте (валюта долга) без указания валюты платежа, суду следует рассматривать в качестве валюты платежа рубль. Если это действительно имелось в виду, то такой подход ошибочен. Приведем обоснование нашего суждения на примерах.

Предположим, между сторонами заключен внешнеторговый договор купли-продажи иностранного товара, приобретаемого российским контрагентом у иностранного поставщика. В договоре предусмотрена цена товара, выраженная в иностранной валюте, и более ничего. Неужели следует прийти к выводу, что стороны имели в виду расчеты в рублях? Вопрос кажется риторическим. Другой пример – тот же договор не содержит буквального выражения об оплате товара в иностранной валюте, но содержит банковские реквизиты сторон, в которых счет продавца открыт в иностранном банке в иностранной же валюте. Нет никаких

¹ См. абз. 2 п. 3 Информационного письма № 70.

сомнений, что таким образом, пусть и без использования указанных в законе выражений, стороны обозначили свою волю на расчеты в иностранной валюте, а не в рублях. Понятно, что могут быть и другие примеры, когда соглашение сторон буквально не предусматривает валюту платежа, но действительная общая воля сторон может быть выведена посредством толкования согласно ч. 2 ст. 431 ГК.

Эти примеры более чем очевидны, а потому они наталкивают на мысль, что Пленум вовсе не имел в виду лишить суд функции толкования договора в случае молчания договора о валюте платежа при наличии неясной валютной оговорки. Возможно, это отличие от подхода в арбитражной практике объясняется тем, что правило о толковании договора подлежит применению всякий раз, когда для этого имеются основания, а потому его упоминание показалось излишним. Если стороны имеют право в соответствии с п. 3 ст. 317 ГК осуществлять расчеты в иностранной валюте, цена договора определена в иностранной валюте и из соглашения не вытекает прямо или косвенно действительная воля сторон рассчитываться в рублях, следует прийти к выводу, что условие договора представляет собой прямую валютную оговорку (эффективную валютную оговорку). **Эффективная валютная оговорка** означает, что иностранная валюта является как валютой долга, так и валютой платежа, тогда как косвенная (конверсионная) валютная оговорка определяет иностранную валюту только в качестве валюты долга.

О видах валютных оговорок см. также п. «б» комментария к п. 27 Постановления.

(в) Практика также сталкивается и с такими случаями, когда обязательство не содержит никаких пробелов и предусматривает прямую (эффективную) валютную оговорку. Когда в соответствии с п. 3 ст. 317 ГК стороны имеют право осуществлять расчеты в иностранной валюте, это не представляет никаких проблем: они обязаны соблюдать это условие, и суд рассматривает спор с учетом этого положения обязательства. Но что, если использование иностранной валюты для данного обязательства не допускается? Прямого ответа ст. 317 ГК на этот вопрос не дает.

В арбитражной практике предлагалось исходить из следующего. Если договором предусмотрено, что денежное обязательство выражается и оплачивается в иностранной валюте, однако в силу правил валютного законодательства данное обязательство не может быть исполнено в иностранной валюте, то такое договорное условие суду также следует рассматривать как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК, если только

при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК суд не придет к иному выводу¹.

Как видно, и здесь использовалась интерпретационная презумпция. Кроме того, применялась доктрина конверсии незаконного условия договора в законное в соответствии с концепцией толкования *favor contractus*. Действительно, можно предположить, что стороны скорее согласились бы сохранить свое обязательство с расчетами в рублях, нежели лишиться его. Однако суд не может навязывать сторонам условие обязательства, которое они не согласовывали и которого они не желают. Это противоречило бы принципу автономии воли. Поэтому предусматривалось, что интерпретационная презумпция опровергается, если действительная общая воля сторон была иной. Вместе с тем необходимость введения интерпретационной презумпции в этом случае вызывает сомнения.

Пленум не воспринял приведенную выше правовую позицию. В абз. 3 речь ведется о признании недействительным условия договора, в котором иностранная валюта является средством платежа. Однако далее с применением ст. 180 ГК о сохранении сделки при недействительности ее части делается вывод о том, что валютой платежа является рубль. И в арбитражной практике использовался почти такой же подход. Предусматривалось, что признание судом недействительным условия договора, в котором денежное обязательство выражено в иностранной валюте, не влечет признания недействительным договора, если можно предположить, что договор был бы заключен и без этого условия (ст. 180 ГК)². Если валютная оговорка в части валюты долга действительна, а в части валюты платежа — недействительна, то при условии сохранения сделки без недействительной части применяется п. 2 ст. 317 ГК, т.е. обязательство подлежит исполнению в рублях.

Отказ Пленума от методологии конверсии незаконного условия в законное, в сущности, ничего не меняет, а убирает излишнюю логическую операцию. И интерпретационная презумпция с конверсией, и метод недействительности части сделки приводят к одному и тому же результату. Если будет установлено, что действительная воля сторон сводилась к расчетам в иностранной валюте, то презумпция опровергается, а условие оказывается незаконным. Если будет установлено, что без незаконного условия стороны не готовы были связать себя обязательством, то вся сделка оказывается недействительной. Равным

¹ См. абз. 3 п. 3 Информационного письма № 70.

² См. там же, абз. 4 п. 3.

образом и наоборот, если презумпция не опровергается и если сделка сохраняется в ее действительной части (без условия о валюте платежа), то обязательство подлежит оплате в рублях и в том и в другом случае. Получается, что Пленум приходит к тому же результату, только без лишнего элемента в виде интерпретационной презумпции.

Обоснованно исключив ненужную правовую позицию, Пленум добавил в свою позицию излишний элемент, правда, он касается лишь незначительного нюанса. Речь идет о ситуации, когда сделка сохраняется без недействительного условия о платеже в иностранной валюте. В этом случае, как указывает Пленум, **если денежное обязательство не было исполнено**, валютой платежа считается рубль. Конечно, с практической точки зрения рассматриваемое суждение будет востребовано чаще всего именно тогда, когда обязательство не было исполнено, и перед должником встает вопрос о содержании его обязанности, либо у кредитора встает вопрос о валюте платежа, в том числе в аспекте правильного предъявления иска. Тем не менее валютой платежа должен считаться рубль, независимо от того, было исполнено обязательство или нет. Причем это наше суждение — не просто дань формальной логике, но оно может иметь и некоторые практические последствия. Если, например, после исполнения обязательства стороны вступили в ликвидационную стадию обязательства, то при определении убытков также необходимо учитывать, какая валюта платежа являлась подлежащей. Или, скажем, если должник исполнил обязательство в рублях, а кредитор оспаривает это исполнение, считает его ненадлежащим, так как полагает, что имеет право на исполнение в иностранной валюте, разъяснение Пленума также пригодно для применения. Другое дело, что если должник добровольно заплатил в иностранной валюте, а кредитор принял ее без возражений, а впоследствии оспаривает условие о прямой валютной оговорке, то это может обсуждаться как недобросовестное поведение с последствиями, предусмотренными в п. 5 ст. 166 ГК.

Выражение Пленума о **признании судом недействительным** соответствующего условия договора не следует принимать в том смысле, что сделка или ее часть являются оспоримыми. Такое условие (или вся сделка) ничтожно, поскольку противоречит публичным интересам¹. Ранее в практике ВС можно было обнаружить иной подход².

¹ См. п. 76 Постановления № 25.

² См.: Определение СКГД ВС от 10 июня 2002 г. № 71-В02-2 и п. 5 Обзора судебной практики ВС за третий квартал 2002 г. (по гражданским делам) (утв. Постановлением Президиума ВС от 4 декабря 2002 г.).

32. Требование о взыскании денежных средств в иностранной валюте, выступающей валютой платежа, подлежит удовлетворению, если будет установлено, что в соответствии с законодательством, действующим на момент вынесения решения, денежное обязательство может быть исполнено в этой валюте (статья 140 и пункты 1 и 3 статьи 317 ГК РФ). В таком случае взыскиваемые суммы указываются в резолютивной части решения суда в иностранной валюте.

Исполнительный лист о взыскании денежных сумм в иностранной валюте может быть направлен непосредственно взыскателем в банк или иную кредитную организацию, где должник имеет счет в указанной иностранной валюте (статья 8 Федерального закона от 2 октября 2007 года № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве), либо судебному приставу-исполнителю для возбуждения исполнительного производства. При отсутствии у должника банковских счетов в указанной иностранной валюте или денежных средств на этих счетах исполнение решения суда производится судебными приставами-исполнителями в соответствии с правилами статьи 69, частей 2, 5 и 6 статьи 72 Закона об исполнительном производстве.

(а) Коль скоро стороны договорились об эффективной валютной оговорке, должник обязан произвести исполнение в иностранной валюте.

Кредитор вправе не принимать ненадлежащее исполнение, если оно произведено в иной валюте, в том числе в рублях. Поступившие денежные средства на банковский счет кредитора в ненадлежащей валюте он вправе вернуть в разумный срок с момента, когда он узнал или должен был узнать о нарушении обязательства.

Если же должник впадает в просрочку, кредитор вправе взыскать с должника причитающееся именно в той валюте, которая согласована сторонами. Принуждение к исполнению обязательства в иностранной валюте по решению суда соответствует условию договора, которое не прекращает своего действия в связи с судебной защитой нарушенного права. Стало быть, необходимо гармонизировать материальное субъективное право с процессуальными процедурами и правилами.

(б) Разъяснение абз. 1 комментируемого пункта представляет собой переработку ранее сформулированной аналогичной позиции для арбитражных судов¹.

¹ См. п. 4 Информационного письма № 70. См. также п. 10 Информационного письма № 52.

Пленум допускает взыскание в иностранной валюте, **если будет установлено**, что оно не противоречит законодательству. Суд не может признать кого бы то ни было к незаконному действию. Отсюда следует, что установление соответствия платежа закону, к которому присуждается должник, находится в компетенции суда, которую он реализует *ex officio*. Независимо от того, доказывают стороны законность такого платежа или нет, суд обязан установить это обстоятельство по собственной инициативе. При недостаточности доказательств законности присуждения он вправе истребовать соответствующие доказательства.

Когда обоснованность требования истца и допустимость использования иностранной валюты в качестве валюты платежа установлены судом, взыскиваемые суммы указываются **в резолютивной части решения суда в иностранной валюте**. Надо понимать, что эти суммы указываются в резолютивной части решения суда и в тех случаях, когда иностранная валюта служит валютой долга, а курс подлежит определению в будущем. Различие заключается в том, что при допустимости исполнения обязательства в иностранной валюте в резолютивной части решения суда не добавляются указание об оплате взыскиваемых сумм в рублях и параметры, связанные с курсом иностранной валюты, как это предусмотрено п. 28 Постановления.

Пленум вслед за ранее установленной правовой позицией уточняет, что взыскание в иностранной валюте допускается, если будет установлено, что в соответствии с законодательством, **действующим на момент вынесения решения**, денежное обязательство может быть исполнено в этой валюте. Такой подход отчасти вызывает сомнения и подлежит уточнению.

Согласно п. 2 ст. 422 ГК, если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Следовательно, суждение Пленума верно, только если к моменту вынесения решения суда закон запретил расчеты в иностранной валюте в спорном случае и его действие распространено на ранее заключенные договоры. Когда стороны законным образом установили эффективную валютную оговорку, они вправе рассчитывать, что при последующем возможном изменении законодательства их права не будут затронуты.

А вот обратную ситуацию действительно желательно разрешать в соответствии с разъяснением Пленума. Речь идет о случае, когда сто-

роны установили эффективную валютную оговорку в противоречии с законом. Формально-юридически это условие договора ничтожно, а потому обязательство, если оно сохраняется в действительной части, должно исполняться в рублях. Однако требование о запрете расчетов в иностранной валюте устанавливается на основании публичных интересов. Этим интересам противоречит не сама по себе договоренность о расчетах в иностранной валюте, а ее исполнение. Именно поэтому в арбитражной практике валютным нарушением в области публичного права признавалась не договоренность о валюте платежа, а сам платеж¹.

Поэтому когда к моменту взыскания денежных сумм в иностранной валюте законодательство изменилось и эффективная валютная оговорка не противоречит более закону, можно было бы усмотреть конвалидацию ничтожного условия. Возможное размышление о том, что той или иной стороне вследствие изменения курса иностранной валюты это условие может быть невыгодно, видимо, есть основание не принимать во внимание. Ведь для уважения такого интереса следовало бы признать, что отказ стороны от платежа в иностранной валюте, согласовавшей незаконное условие, о котором она должна знать вследствие вмененного знания закона, может быть одобрен, чтобы позволить ей избежать невыгод добровольно заключенного соглашения. В рамках другой категории дел, когда страховщик, застраховавший ответственность по обязательству в противоречие с п. 1 ст. 932 ГК, ссылается на недействительность договора, судебная практика считает обоснованным применить защиту на основании принципа эстоппель (п. 5 ст. 166 ГК)².

(в) Приоритетной задачей правопорядка в защите нарушенных прав является установление такого правового режима, который, по возможности, предоставлял бы кредитору именно ту ценность, ради которой он вступил в обязательство при одновременном минимальном насилии над личностью должника. Эффективная валютная оговорка в этом контексте должна позволять не только взыскать с должника задолженное в иностранной валюте, но и предоставить кредитору именно этот объект гражданского права в натуре.

Самый короткий путь в достижении указанной цели — это списание иностранной валюты с банковских счетов должника.

В арбитражной практике в связи с этим была сформулирована правовая позиция, согласно которой при рассмотрении жалоб на действия

¹ См. п. 17 Информационного письма № 52.

² См.: Постановление Президиума ВАС от 23 апреля 2012 г. № 1649/13; Определение СКЭС ВС от 20 июля 2015 г. № 307-ЭС15-1642.

судебных приставов-исполнителей арбитражным судам следует учитывать, что исполнительный лист о взыскании денежных сумм в иностранной валюте, выданный на основании вступившего в законную силу решения арбитражного суда, может быть направлен взыскателем в банк или иное кредитное учреждение, где должник имеет счет в указанной иностранной валюте, либо передан взыскателем судебному приставу-исполнителю для направления в такой банк (кредитное учреждение)¹.

Указание на категорию дел, при рассмотрении которых рекомендовалось следовать этому подходу, видимо, объясняется реакцией на актуальную судебную практику. Ясно, что данная правовая позиция является универсальной и применима в любых категориях дел. Указание на решение суда, вступившее в законную силу, видится избыточным, поскольку для реализации права взыскателя требуется наличие исполнительного листа, который выдается в установленном законом порядке. Излишним также является указание на цель передачи исполнительного листа судебному приставу-исполнителю, поскольку исполнительный лист передается для целей его исполнения, которое не ограничивается списанием денежных средств со счетов должника в банках.

В комментируемом пункте Пленум дает более точное разъяснение, являющееся конвергенцией приведенной выше правовой позиции и нормы закона. Оно обоснованно не ограничивается категорией дел, при рассмотрении которых должен применяться данный подход. Вслед за законодателем отмечается, что взыскатель **непосредственно** вправе направить исполнительный лист в банк или иную кредитную организацию либо судебному приставу-исполнителю. В отношении последнего зачем-то добавлено, что это делается для возбуждения исполнительного производства. Ясно, что взыскатель направляет исполнительный лист судебному приставу-исполнителю для его исполнения, а не для того, чтобы поделиться с приставом своей радостью от успехов в судебной защите нарушенных прав.

Норма закона предусматривает, что исполнительный документ о взыскании денежных средств или об их аресте может быть направлен в банк или иную кредитную организацию непосредственно взыскателем (ч. 1 ст. 8 Закона об исполнительном производстве). Пленум же добавляет, что исполнительный лист направляется в банк или иную кредитную организацию, **где должник имеет счет в указанной иностранной валюте**. Это добавление и является, по существу, единственным

¹ См. абз. 1 п. 6 Информационного письма № 70.

положением разъяснения первого предложения абз. 2, которое не предусмотрено буквально в законодательстве, но с очевидностью следует из него. Хотя содержательно разъяснение выглядит как инструкция для взыскателя, оно может приниматься во внимание на случай возникновения тех или иных споров, связанных с действиями банка или судебного пристава-исполнителя.

Поскольку эффективная валютная оговорка предусматривается обычно для договорных обязательств, кредитор чаще всего обладает информацией о банковских реквизитах должника. Соответственно, когда взыскатель не обладает данными о банке, где должник имеет счет в соответствующей иностранной валюте, ему следует обращаться к судебному приставу-исполнителю. Впрочем, ничто не мешает направить исполнительный лист наугад в известный взыскателю банк должника, другое дело, насколько этот модус действий рационален. Но разъяснение Пленума о том, что исполнительный лист **может быть направлен** непосредственно взыскателем в банк, где **должник имеет счет** в указанной иностранной валюте, не должно этому препятствовать, поскольку правообладатель вправе вести себя нерационально, т.е. в ущерб себе.

(г) Тот факт, что должник согласился на эффективную валютную оговорку, не означает, что к моменту исполнения решения суда о взыскании у него имеются соответствующие счета в банке или денежные средства на этих счетах. Понятно, что это не должно остановить защиту нарушенного права, другое дело, что она может быть организована правопорядком по-разному.

В условиях действия прежнего законодательства об исполнительном производстве правая позиция в арбитражной практике сводилась к следующему. При отсутствии у должника банковских счетов в указанной иностранной валюте или денежных средств на этих счетах исполнение решения арбитражного суда производится судебными приставами-исполнителями в соответствии с правилами Федерального закона «Об исполнительном производстве»¹ в рублях за счет любого иного имущества должника (включая денежные средства в рублях и иной иностранной валюте) исходя из официального курса взыскиваемой иностранной валюты на день фактического исполнения (платежа) (п. 2 ст. 317 ГК)². Недостатком данного положения вещей, основанного на правовых возможностях, предоставляемых взыскателю прежним

¹ Утратил силу с 1 февраля 2008 г.

² См. абз. 2 п. 6 Информационного письма № 70.

нормативным регулированием, выступало то обстоятельство, что взыскатель не мог получить ту иностранную валюту, на которую имеет право. В условиях высокой волатильности валютных пар на рынке кредитор нес риски убытков, возникающих в связи с изменением курса иностранной валюты. Первоначальный проект Постановления предполагал воспринять этот подход, но впоследствии он был обоснованно изменен. Поэтому трудно согласиться с тем, что в данном пункте изменения первоначальной редакции носят редакционный и уточняющий характер, не меняющий их первоначального содержания¹. В этом случае нельзя было не поменять содержание, поскольку изменилось само законодательство, а первоначальный проект этого не учитывал.

Во втором предложении комментируемого абзаца Пленум учитывает изменившееся законодательство и отсылает к соответствующим законоположениям обновленного регулирования.

Статья 69 Закона об исполнительном производстве является общей нормой об обращении взыскания на имущество должника. Иностранная валюта упоминается в ней в ином контексте, наряду с другим имуществом должника. Не все положения данной статьи подходят для рассмотренного Пленумом вопроса. Так, например, ч. 3 ст. 69 данного Закона устанавливает, в частности, что взыскание на денежные средства должника в иностранной валюте обращается при отсутствии или недостаточности у него денежных средств в рублях. Ясно, что она не подходит к взысканию иностранной валюты, поэтому ссылка на всю ст. 69 в разъяснении не вполне корректна.

Статья 72 Закона об исполнительном производстве специально посвящена порядку обращения взыскания на денежные средства должника при исчислении долга в иностранной валюте. Из релевантных положений данной статьи следует, что при отсутствии у должника денежных средств в соответствующей валюте на основании постановления судебного пристава-исполнителя банк приобретает за счет рублевых денежных средств должника иностранную валюту. Если у должника имеются денежные средства в иной иностранной валюте, банк продает эти средства и покупает присужденную иностранную валюту. Необходимая сумма в надлежащей иностранной валюте перечисляется на депозитный счет подразделения судебных приставов или на счет взыскателя.

Таким образом, действующее законодательство обеспечивает получение кредитором (взыскателем) именно той иностранной валюты,

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=nlxzGrGwBb8>

на которую он имеет право, а комментируемое положение никакого разъяснения не содержит, отсылая судей к соответствующим нормам законодательства.

Буквальный текст комментируемого фрагмента распространяется на случаи отсутствия у должника банковских счетов в соответствующей иностранной валюте или денежных средств на этих счетах, но по здравому смыслу он должен применяться и при недостаточности на указанных счетах денежных средств. Банк обязан списать в счет исполнения исполнительного документа имеющиеся средства в присужденной с должника иностранной валюте, а за счет других средств приобрести ее недостающую сумму.

Пленум не затронул вопроса, который действительно есть необходимость разъяснить. Речь идет о таком случае, когда у должника не имеется денежных средств ни в рублях, ни в той или иной иностранной валюте. В такой ситуации должно быть обращено взыскание на иное имущество должника. Вырученные от реализации данного имущества денежные средства в рублях подлежат направлению на приобретение необходимой иностранной валюты, сумма которой подлежит перечислению взыскателю.

(д) Комментируемый пункт завершает целый блок разъяснений, связанных со ст. 317 ГК (п. 27—32 Постановления). Их сравнительный анализ с ранее сформулированными рекомендациями для арбитражной практики показывает, что ряд правовых позиций были подтверждены без изменений, другие изменены, а от третьих Пленум отказался. В отношении других правовых позиций, не проанализированных в предыдущих комментариях, можно отметить следующее.

Прежнее законодательство предусматривало выдачу Банком России разрешения на платеж в иностранной валюте. В связи с этим рекомендовалось исходить из того, что если сторона ссылается на то, что денежное обязательство может быть оплачено в иностранной валюте в силу разрешения Банка России, то в соответствии со ст. 65 АПК эта сторона обязана доказать, что такое разрешение было выдано.

Поскольку действующее законодательство не предусматривает выдачу индивидуальных разрешений на использование иностранной валюты в качестве средства платежа, данная рекомендация утратила свое значение и не подлежит применению. Впрочем, с учетом наблюдаемого общего возврата к оставленным практикам нельзя исключать реактуализацию прежних подходов.

Также не была воспринята рекомендация, согласно которой при применении п. 2 ст. 317 ГК арбитражным судам предлагалось

учитывать, что условие об оплате денежного обязательства в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, может быть установлено законом или соглашением сторон не только в отношении договорных, но и в отношении внедоговорных обязательств¹. Здесь ситуация иная, и отказ от этого положения может, видимо, объясняться его очевидностью и малой степенью актуальности. Что касается упомянутого соглашения сторон, то не имеется никаких причин для ограничения свободы договора для установления конверсионной валютной оговорки в отношении внедоговорного обязательства, изначально выраженного в рублях.

В отношении рекомендации о процентах по обязательствам, выраженным в иностранной валюте², нужно отметить, что эти правовые позиции содержатся в другом Постановлении Пленума³.

И наконец, рекомендация в отношении госпошлины не вошла в Постановление Пленума, видимо, потому, что этот вопрос не относится к материальному праву, которому в основном посвящено комментируемое Постановление.

Для арбитражной практики было предусмотрено следующее положение. Согласно Закону РФ от 31 декабря 1991 г. № 2005-1 «О государственной пошлине» ставка государственной пошлины устанавливается в рублях и ее уплата также производится в рублях. При взыскании в судебном порядке долга в иностранной валюте либо выраженного в иностранной валюте или условных денежных единицах по правилам п. 2 ст. 317 ГК, а равно начисленных неустойки и (или) процентов цена иска определяется судом в рублях в соответствии с правилами п. 2 ст. 317 ГК на день подачи искового заявления. При этом изменение курса иностранной валюты или условных денежных единиц по отношению к рублю в период рассмотрения спора не влияет на размер государственной пошлины⁴.

Приведенный Закон утратил силу, и в настоящее время регулирование рассматриваемого вопроса содержится в гл. 25.3 Налогового кодекса, из которой следует, что государственная пошлина уплачивается в рублях. Поэтому содержательно данное разъяснение остается актуальным.

(е) Весь блок рассмотренных разъяснений по ст. 317 ГК сфокусирован на суды, что вполне понятно. Поэтому правовые позиции оперируют понятиями «судебный акт», «исполнительный лист», «доказательство»

¹ См. п. 7 Информационного письма № 70.

² См. там же, п. 8, 9.

³ См. п. 39 Постановления № 7.

⁴ См. п. 16 Информационного письма № 70.

и т.п. Но взыскание денежных сумм может иметь место на основании нотариальной надписи. Следовательно, чтобы обеспечить права и законные интересы участников обязательств, данные разъяснения должны *mutatis mutandis* применяться и к такому так называемому бесспорному порядку взыскания, как совершение нотариальной надписи о взыскании денежных сумм. При этом в некоторых случаях, например при определении надлежащего курса пересчета, нотариусу придется оценивать достоверность соответствующих доказательств, что, по существу, превращает нотариальное взыскание в квазисудебную процедуру. Но особенности этой процедуры не могут в полной мере гарантировать права всех участников обязательства. Так, например, из ст. 91.2 Основ законодательства о нотариате следует, что должник может узнать о состоявшемся взыскании, включая оценку нотариусом тех или иных фактических обстоятельств (например, о наступлении срока или выполнении условий), спустя несколько дней.

33. При просрочке уплаты суммы основного долга на эту сумму подлежат начислению как проценты, являющиеся платой за пользование денежными средствами (например, проценты, установленные пунктом 1 статьи 317.1, статьями 809, 823 ГК РФ), так и проценты, являющиеся мерой гражданско-правовой ответственности (например, проценты, установленные статьей 395 ГК РФ).

При этом в соответствии с пунктом 2 статьи 317.1 ГК РФ по общему правилу не допускается начисление предусмотренных законом или договором процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, на такие же проценты за предыдущий срок (сложные проценты), за исключением обязательств, возникающих из договоров банковского вклада или из договоров, связанных с осуществлением их сторонами предпринимательской деятельности. Однако, если иное не установлено законом или договором, за просрочку уплаты процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, кредитор вправе требовать уплаты неустойки или процентов, предусмотренных статьей 395 ГК РФ.

(а) Первоначально реформа ГК привела к тому, что в новой ст. 317.1 ГК появилась норма о том, что если иное не предусмотрено законом или договором, кредитор по денежному обязательству, сторонами которого являются коммерческие организации, имеет право на получение с должника процентов на сумму долга за период пользования денежными средствами. Кроме того, было предусмотрено, что при отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер

определяется ставкой рефинансирования Банка России, действовавшей в соответствующие периоды (законные проценты) (п. 1 ст. 317.1 ГК в прежней редакции).

Это представляло собой законодательную ошибку, поскольку из данного законоположения следовало, что независимо от воли сторон всякое денежное обязательство между коммерческими организациями порождало возникновение дополнительного обязательства по уплате процентов за пользование денежными средствами. Такой подход вступал в противоречие с принципом автономии воли. Поэтому достаточно быстро данная ошибка была исправлена.

С 1 августа 2016 г. новая редакция п. 1 ст. 317.1 ГК гласит, что в случаях, когда законом или договором предусмотрено, что на сумму денежного обязательства за период пользования денежными средствами подлежат начислению проценты, размер процентов определяется действовавшей в соответствующие периоды **ключевой** ставкой Банка России (законные проценты), если иной размер процентов не установлен законом или договором.

Устранение законодательной ошибки привело к тому, что гипотеза цитированной нормы охватывает весьма редкую ситуацию. Если закон устанавливает обязанность уплачивать проценты по денежному обязательству, то обычно устанавливается и размер этих процентов. Таким же образом обстоят дела и с договором. Хорошо известно и научно доказано, что людям свойственны как систематическая рациональность, так и обратный феномен — систематическая иррациональность. Последняя должна достигнуть достаточно высокой степени, чтобы стороны договора вступили в переговоры и условились об уплате процентов, но об их размере не договорились. Ценовое условие относится не к периферийным, о которых порой забывают или не придают им значения, а к центральным. Поэтому есть все основания полагать, что данная норма не получит широкого применения на практике. Возможно, вследствие этого соображения Пленум не дает разъяснения в отношении указанной нормы, ограничиваясь лишь ее упоминанием в качестве примера для обозначения другого более важного, хотя и достаточно устоявшегося феномена в обязательственном праве.

(б) В гражданском праве все правоотношения по одному из оснований их классификации принято разделять на две группы: регулятивные и охранительные. Такое же дихотомическое деление обнаруживается и в отношении процентов по денежному обязательству.

Хотя обязательство по уплате регулятивных процентов является дополнительным, оно также является отдельным от основного обяза-

тельством и представляет собой долг, а не гражданско-правовую ответственность. Обязательство по уплате охранительных процентов также является дополнительным и отдельным от основного обязательством, но представляет собой меру гражданско-правовой ответственности. Таким образом, и то и другое является обязательством, причем дополнительным, но отдельным обязательством, именуемым процентами, однако в не совпадающей по своей природе юридической характеристике (долг и ответственность) эти обязательства подвергаются различному теоретическому осмыслению и нормативному регулированию.

Регулятивные и охранительные обязательства по уплате процентов логически и практически могут пребывать в трех вариантах их соотношения: 1) когда подлежат уплате только регулятивные проценты; 2) когда подлежат уплате только охранительные проценты и, наконец, 3) когда подлежат уплате одновременно и те и другие. Когда не подлежат начислению ни те ни другие проценты, говорить об их соотношении не приходится, хотя такое состояние также возможно.

Поскольку одним и тем же термином «проценты» обозначаются разные по юридической характеристике явления, на практике в некоторых случаях возникала неопределенность. Так, например, требуя взыскания процентов, истцы не обозначали, какие именно проценты они требуют присудить. В судебной практике на этот счет давалось следующее разъяснение. Проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК, по своей природе отличаются от процентов, подлежащих уплате за пользование денежными средствами, предоставленными по договору займа (ст. 809 ГК), кредитному договору (ст. 819 ГК) либо в качестве коммерческого кредита (ст. 823 ГК). Поэтому при разрешении споров о взыскании процентов годовых суд должен определить, требует ли истец уплаты процентов за пользование денежными средствами, предоставленными в качестве займа или коммерческого кредита, либо существо требования составляет применение ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК)¹.

Аналогичная правовая позиция была сформулирована Пленумом в разъяснении, посвященном ответственности за нарушение обязательств. В отличие от процентов, предусмотренных п. 1 ст. 395 ГК, проценты, установленные ст. 317.1 ГК, не являются мерой ответственности, а представляют собой плату за пользование денежными средствами. В связи с этим при разрешении споров о взыскании процентов

¹ См. п. 4 Постановления № 13/14.

суду необходимо установить, является требование истца об уплате процентов требованием платы за пользование денежными средствами (ст. 317.1 ГК) либо требованием о применении ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК). Начисление с начала просрочки процентов по ст. 395 ГК не влияет на начисление процентов по ст. 317.1 ГК¹.

Ни в законодательстве, ни в теории не предусматривается презумпция, которую можно было бы применить при молчании кредитора на этот счет, либо когда истец недостаточно юридически сведущ, чтобы сформулировать свою волю, хотя имеет право как на те, так и на другие проценты. Видимо, в тех редких случаях, когда такая проблема возникает, т.е. когда сумма иска не покрывает всю сумму регулятивных и охранительных процентов, можно применять по аналогии ст. 319 ГК и присуждать сначала всю сумму регулятивных процентов.

(в) Когда должник по денежному обязательству, предусматривающему уплату процентов за пользование денежными средствами, впадает в просрочку и не производит никакого исполнения, структура совокупного обязательства должника претерпевает изменение. Если договором не предусмотрено иное, должник оказывается обязанным по четырем видам отдельных обязательств: 1) обязательство уплатить основной долг; 2) обязанность уплачивать регулятивные проценты согласно условиям обязательства; 3) обязанность уплачивать охранительные проценты и в части, не покрытой такими процентами; 4) обязанность возместить убытки.

Пленум в абз. 1 комментируемого пункта акцентирует внимание судей на одновременном начислении регулятивных (2) и охранительных (3) процентов. Юридическим основанием возникновения последних является правонарушение должника — просрочка уплаты основной суммы долга (1), поэтому в разъяснении указывается на то, что они являются мерой гражданско-правовой ответственности.

Основанием для возникновения обязанности уплаты регулятивных процентов является либо обстоятельство, указанное в законе, либо условие обязательства. В качестве примера регулятивных процентов приводятся три вида обязательств: первое — общее понятие законных процентов (п. 1 ст. 317.1 ГК); второе — проценты за пользование займом (п. 1 ст. 809 ГК), хотя Пленум уже в который раз дает ссылку на всю статью; третье — проценты за предоставление коммерческого кредита (ст. 824 ГК).

¹ См. п. 53 Постановления № 7.

Термин «**начисление**» во всех случаях, кроме одного (см. абз. 2 п. 2 ст. 1086 ГК), используется в ГК в отношении процентов.

Устойчивая терминологическая пара «начисление процентов» обозначает, помимо прочего, и структуру совокупного процентного обязательства, которое на самом деле состоит из такого числа обязательств, каковое равно процентным периодам. Для охранительных процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, например, процентным периодом является каждый день.

Охранительные проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, приводятся Пленумом в качестве примера процентов, представляющих собой меру гражданско-правовой ответственности. Другим примером меры гражданско-правовой ответственности, применяемой в виде начисляемых процентов, является соответствующая неустойка, т.е. периодически начисляемый платеж – пени (п. 1 ст. 330 ГК)¹.

(г) Интересно отметить, что первоначальный проект Постановления содержал еще один пункт, посвященный толкованию п. 1 ст. 317.1 ГК, который в итоговое Постановление не вошел. Там предусматривалось, что п. 1 ст. 317.1 ГК, согласно которому законом или договором может быть предусмотрено начисление процентов на сумму денежного обязательства, не препятствует установлению договором обязанности должника по неденежному обязательству уплачивать проценты на сумму внесенного кредитором **аванса или предоплаты**.

Представляется, что Пленум обоснованно отказался от этого разъяснения, несмотря на то, что при рассмотрении проекта оно было characterized как немаловажное². Ничто в названном законоположении не указывает на то, что по неденежному обязательству законом или договором не может быть установлена обязанность уплачивать проценты на сумму внесенного кредитором аванса или предоплаты. Так что, если у кого-то и были сомнения на этот счет, они совершенно беспочвенны. Более того, законодатель в принципе не может быть связан п. 1 ст. 317 ГК, поэтому в поддержке Пленума он не нуждается. Что касается возможности установления названной обязанности договором, то это уже предусмотрено законом. Предоставление аванса или внесение предоплаты по обязательству рассматривается в качестве потенциального коммерческого кредита. Согласно п. 1 ст. 823 ГК договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родо-

¹ См. абз. 1 п. 60 Постановления № 7.

² <https://www.youtube.com/watch?v=0col-h9PrPg>

выми признаками, может предусматриваться предоставление кредита, в том числе в виде **аванса, предварительной оплаты**, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом. Никакого иного правила в п. 1 ст. 317.1 ГК усмотреть не представляется возможным, он вообще не касается ни аванса, ни предоплаты. Поэтому при рассмотрении проекта было обоснованно указано, что в исключенном пункте ничего неверного не было, но он не относился к ст. 317.1 ГК, а кроме того содержал достаточно очевидные вещи, не требующие разъяснения на уровне постановления Пленума¹.

Поскольку, согласно п. 2 ст. 823 ГК, к коммерческому кредиту соответственно применяются правила гл. 42 ГК, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства, то к данным отношениям применяются правила о возмездном пользовании займом (кредитом).

Можно было бы задуматься о том, почему законодатель позаботился о случаях, когда денежное обязательство предусматривает обязанность уплачивать проценты, но не определяет их размер, однако не заинтересовался случаем, когда в пользу кредитора по неденежному предоставлению также предусмотрены проценты, но не предусмотрен их размер. Однако и в этом случае никакой помощи таким кредиторам от Пленума не требуется. Коль скоро к случаям предоставления аванса или внесения предоплаты применяются правила о коммерческом кредите, то, следовательно, применяется и п. 1 ст. 809 ГК. В нем, в частности, предусмотрено, что при отсутствии в договоре условия о размере процентов за пользование займом их размер определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды. Так что и в разъяснении о размере процентов по таким обязательствам оборот не нуждается, впрочем, оно в проекте Постановления и не предлагалось.

(д) Экономически проценты на капитал представляют собой элемент пассивного инвестирования, когда временная передача капитала другому лицу приносит, как правило, фиксированный доход. Лицо, получающее чужие денежные средства, рассчитывает использовать их с большей доходностью, чем принятая им на себя обязанность по выплате процентов. Однако когда проценты за соответствующий период пользования капиталом начисляются, но не выплачиваются, они сами превращаются в капитал.

¹ См. <https://www.youtube.com/watch?v=nlxzGrGwBb8>.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум обращается к такому феномену обязательственного права, как **сложные проценты**.

Согласно п. 2 ст. 317.1 ГК условие обязательства, предусматривающее начисление процентов на проценты, является ничтожным, за исключением условий обязательств, возникающих из договоров банковского вклада или из договоров, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности. Методологически сначала следует рассмотреть юридическую характеристику самих сложных процентов в данном пункте комментария, а затем в следующем пункте проанализировать отношение к этим процентам правопорядка.

Когда проценты начисляются на проценты, последние являются не сложными, а **сложенными**. Они складываются с основной (капитальной) суммой долга, т.е. причисляются к ней. Таким образом, в дальнейшем проценты начисляются на первоначальную сумму капитала, увеличенную на размер начисленных процентов. Невыплаченные проценты становятся капиталом (капитальной суммой).

Пленум вводит понятие «сложные проценты», которым в ГК обозначается схожее, но не тождественное юридическое явление — **сложные охранительные проценты** (п. 5 ст. 395 ГК). Это не самый лучший терминологический прием, поскольку одним и тем же термином обозначаются не вполне совпадающие сущности. Конечно, обычно из юридического контекста при использовании этой терминологии можно провести разграничение данных понятий. Тем не менее для устранения рисков смешения данных понятий можно специализировать эту терминологию, говоря о **сложных регулятивных процентах** и сложных охранительных процентах.

То, что в норме закона фигурируют регулятивные проценты, следует из систематического толкования ст. 317.1 ГК. В разъяснении это обозначается через соответствующее добавление к понятию процентов. Их правовая природа раскрывается посредством уточнения, из которого следует, что речь идет о процентах, **являющихся платой за пользование денежными средствами**. Названная плата не представляет собой меры гражданско-правовой ответственности.

Разъяснение чуть более точно раскрывает понятие сложных процентов, чем это сделано законодателем. Последний трактует о начислении процентов на проценты, а Пленум обоснованно уточняет, что речь идет о начислении процентов **на такие же проценты за предыдущий срок**. К этому уместно сделать еще одно добавление, принимая во внимание, что мы имеем дело с начисленными, но не выплаченными процентами, что, впрочем, очевидно.

Еще одно уточнение Пленум пытается сделать в отношении оснований возникновения процентов. Правило для сложных процентов подлежит применению независимо от того, установлена ли обязанность к уплате таких процентов на проценты договором или законом. Такое понимание разъяснения Пленума не вызывает возражения. Однако Пленум буквальным образом ведет речь о **начислении предусмотренных законом** или договором **процентов на такие же проценты** за предыдущий срок. Данное выражение можно понять таким образом, что если закон предусмотрел начисление процентов на такие же проценты за предыдущий срок, это также по общему правилу не допускается. Но к такому суждению можно прийти только в том случае, если закон, установивший сложные проценты, противоречит Конституции, что с учетом контекста разъяснения явно не имелось в виду. Действительно, правило п. 2 ст. 317 ГК сформулировано без должной оговорки о том, что законом могут быть предусмотрены иные случаи допустимости начисления сложных регулятивных процентов, однако это никак не связывает законодателя.

Стало быть, комментируемое разъяснение следует воспринимать в том смысле, что независимо от того, из какого основания возникло обязательство по уплате регулятивных процентов (из закона или из договора), начисление на них таких же регулятивных процентов рассматривается как сложные проценты. Более точного выражения этой идеи можно добиться, должным образом переставив слова в анализируемом фрагменте разъяснения: по общему правилу не допускается начисление процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, на такие же проценты, предусмотренные законом или договором, за предыдущий срок (сложные проценты).

Действительно, если соглашением предусмотрено, что на предусмотренные законом невыплаченные проценты за пользование денежными средствами за предыдущий срок начисляются такие же проценты за пользование денежными средствами, то проценты являются не менее сложными, чем начисление договорных процентов на договорные проценты. Для юридической характеристики явления принимается простая арифметика, ибо она действует одинаково как для процентов, предусмотренных законом, так и для процентов, предусмотренных договором. И в самом деле, невозможно обнаружить различия в квалификации процентов, например, по договору займа, если проценты предусмотрены договором в размере ключевой ставки или при молчании договора, они подлежат уплате на основании закона в том же размере (п. 1 ст. 809 ГК). В каждом из этих

случаев если договором будет предусмотрено начисление процентов на указанные проценты, это приведет к образованию сложных процентов.

(е) Сложные проценты представляют собой большее финансовое бремя и, соответственно, больший риск. Должник постоянно наращивает базу для начисления процентов, увеличивая долговую нагрузку, причем независимо от успешности своей деятельности по освоению капитала. Лица, остро нуждающиеся в финансировании, могли бы пойти на рискованный шаг, принимая на себя обязательство по уплате сложных процентов, лишь бы получить доступ к финансам. Возможно, это соображение подтолкнуло законодателя к использованию патерналистского метода *ex ante* контроля.

Как видно из цитированной нормы, по общему правилу условие обязательства о сложных процентах буквальным образом объявляется ничтожным. Хотя Пленум выражается несколько иначе, трактуя также в качестве общего правила о **недопустимости начисления** сложных процентов, едва ли имелось в виду какое-то иное, нежели ничтожность, последствие установления условия о сложных процентах.

Исключения из общего правила, названные в законе, составляют всего два случая: 1) обязательства, возникающие из договоров банковского вклада, и 2) договоры, связанные с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности.

Пленум проходит мимо очередной законодательной ошибки в отношении договоров, связанных с осуществлением их **сторонами** предпринимательской деятельности. Патерналистские цели законодателя направлены на защиту лиц, не осуществляющих предпринимательской деятельности. Следовательно, раз законодатель признает за предпринимателями (в широком смысле) возможность вступления в рискованные обязательства, к каковому относится и обязательство по уплате сложных процентов, приведенная норма подлежит истолкованию с использованием метода телеологической редукции. Применение этого метода дает следующий текст: условие обязательства, предусматривающее начисление процентов на проценты, является ничтожным, за исключением условий обязательств, возникающих из договоров банковского вклада или обязательств лица, связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности.

В самом деле, если, например, гражданин предоставил предпринимателю заем, по условиям которого предусматривается обязанность предпринимателя уплачивать сложные проценты, то такое положение дел не противоречит цели законодателя.

Можно было бы предположить, что ограничение сложных процентов устанавливается ввиду превентивной защиты не только лица, обязанного к уплате сложных процентов, но также и другой стороны, поскольку она не получает проценты за пользование по окончании каждого процентного периода, лишаясь периодического дохода. Однако это предположение не выдерживает критики с нормативной точки зрения, поскольку несовместимо с другим исключением — в отношении банковских вкладов. Даже для такой слабой стороны в отношениях с банком, как гражданин, допускается заключение договора банковского вклада, предусматривающего обязанность банка уплачивать сложные проценты (п. 2 ст. 839 ГК).

(ж) Во втором предложении абз. 2 комментируемого пункта Пленум обращается к последствиям **просрочки** исполнения обязательства по уплате регулятивных **процентов**, которая не имеет отношения к сложным процентам, однако имеет отношение к начислению процентов на проценты.

Как уже отмечалось, проценты за пользование денежными средствами являются отдельным и дополнительным по отношению к основному долгу обязательством. Обязательство по уплате регулятивных процентов относится к денежному обязательству, которое не представляет собой меры гражданско-правовой ответственности. Такие проценты подлежат уплате должником по правилам об основном денежном долге¹. Следовательно, в случае просрочки в исполнении данного обязательства на сумму регулятивных процентов по общему правилу начисляются охранительные проценты (ст. 395 ГК). Ограничение сложных процентов, предусмотренное п. 2 ст. 317.1 ГК, на этот случай не распространяется, поскольку он не относится к сложным процентам.

Тот факт, что при рассмотрении первоначального проекта Постановления один из докладчиков характеризует проценты за пользование денежными средствами как вытекающие из существа обязательства², не согласуется с текстом разъяснения, в котором ни о каком существе обязательства не говорится. Обязанность уплачивать проценты вытекает из закона или договора, а не из существа обязательства.

Между тем ранее в судебной практике предусматривалось, что на сумму несвоевременно уплаченных процентов за пользование заемными средствами, когда они подлежат уплате до срока возврата ос-

¹ См. абз. 1 п. 15 Постановления № 13/14.

² <https://www.youtube.com/watch?v=0col-h9PrPg>

новой суммы займа, проценты на основании п. 1 ст. 811 ГК **не начисляются**, если иное прямо не предусмотрено законом или договором¹.

Согласно названной норме ГК, если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК.

Таким образом, в соответствии с приведенным разъяснением, несмотря на то, что проценты за пользование денежными средствами относятся к денежному обязательству и к ним применяются правила об основном денежном долге, в случае просрочки в их уплате Пленумы отказывали в начислении на такие проценты охранительных процентов (ст. 395 ГК). Почему кредитор оказывался без защиты, а нарушивший обязательство должник освобождался от ответственности, объяснить затруднительно. Единственный аргумент, который можно здесь привести, — это подведение данной ситуации к феномену сложных процентов. Но для этого не имеется оснований, поскольку регулятивные и охранительные проценты имеют разную правовую природу. Игнорировать ее можно разве что при стремлении правоприменителя всячески снизить финансовое бремя заемщика. Но тогда придется игнорировать интересы займодавца, который не получает своевременно проценты за пользование предоставленным им займом, хотя он вправе на них рассчитывать, а заемщик не несет за это специально предусмотренной законом ответственности.

Судя по всему, Пленум меняет практику по этому вопросу, поскольку прямо предусматривает в качестве общего правила, что за просрочку уплаты процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, кредитор вправе требовать уплаты неустойки или процентов, предусмотренных ст. 395 ГК. Тот факт, что разъяснение, касающееся ответственности, соотносится с п. 2 ст. 317.1 ГК, который к ответственности не имеет отношения, видимо, можно объяснить стремлением Пленума проиллюстрировать, что начисление охранительных процентов на просроченные регулятивные проценты не относится к феномену сложных процентов.

Правда, некоторую настороженность может вызвать то обстоятельство, что приведенное выше прежнее разъяснение Пленумов не признаю не подлежащим применению, как это обычно принято на практике

¹ См. абз. 5 п. 15 Постановления № 13/14.

в связи с изменением правовой позиции. Причем целый ряд других положений в указанном разъяснении другим Постановлением Пленума признаны не подлежащими применению¹. Однако кардинально противоположные правовые позиции не позволяют найти такой вариант их интерпретации, чтобы они могли применяться одновременно, не вступив в противоречие друг с другом. Поэтому ничего не остается, кроме как воспользоваться методом *lex posterior derogat priori* и отдать предпочтение более поздней правовой позиции.

(з) Пленум указывает, что в случае просрочки уплаты регулятивных процентов кредитор вправе требовать уплаты **неустойки или процентов**, предусмотренных ст. 395 ГК. Это суждение требует уточнения. Дело в том, что, согласно п. 4 ст. 395 ГК, когда соглашением предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, охранительные проценты не подлежат взысканию, **если иное не предусмотрено законом или договором**. Поэтому, во-первых, кредитор не имеет права выбирать, что подлежит взысканию – проценты или неустойка, если такое право не предусмотрено законом или договором. В этом случае взысканию подлежит неустойка, установленная законом или соглашением сторон, а не проценты, предусмотренные ст. 395 ГК². А во-вторых, наоборот, кредитор вправе требовать уплаты как неустойки, так и процентов, если это предусмотрено законом или договором.

34. Статьи 318 и 1091 ГК РФ предоставляют гарантию повышения размера выплат на содержание гражданина. Условиями обязательства может быть предусмотрен повышенный размер индексации выплат по сравнению с размером, определяемым в соответствии со статьей 318 ГК РФ. Индексация выплат в меньшем размере или иное ухудшение положения гражданина, на содержание которого выплачиваются денежные суммы, не допускается.

(а) Размер денежного обязательства, определяемый нормативно или по условиям сделки, может быть неизменным или изменяющимся. Изменение размера денежного обязательства может быть обусловлено различными факторами. Одним из таких факторов выступает социальная цель, достижение которой призвано обеспечить удовлетворение первоочередных потребностей некоторых категорий граждан,

¹ См. абз. 3 п. 84 Постановления № 7.

² См. п. 42 Постановления № 7.

выступающих кредиторами по обязательствам. В обязательственном праве в связи с этим принято выделять денежные обязательства, предусматривающие выплату соответствующих сумм **непосредственно на содержание** гражданина.

Первоначальная редакция ст. 318 ГК была достаточно лаконичной: сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина, **индексируется** в случаях и в порядке, которые установлены **законом или договором**.

С 1 июня 2015 г. она была изменена и конкретизирована. Согласно ст. 318 ГК, если иное не предусмотрено законом, сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина, в том числе в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, либо по договору пожизненного содержания, увеличивается пропорционально **повышению** установленной в соответствии с законом величины **прожиточного минимума**.

Комментируемый пункт более актуален для прежней редакции нормы ст. 318 ГК, ибо именно она, во-первых, оперировала понятием «индексация» и, во-вторых, не содержала буквального указания на увеличение сумм, тогда как действующая редакция исключает всякие сомнения, что названные суммы не могут уменьшаться. Впрочем, термин «индексация» известен ГК, правда, он используется только в названии одной статьи – ст. 1091, на которую также ссылается Пленум.

Принцип номинализма в социальном аспекте наиболее негативно сказывается именно в отношении тех средств граждан, которые идут на собственное содержание. В развитие конституционной цели создания условий, обеспечивающих достойную жизнь (ч. 1 ст. 7 Конституции), названная норма ГК призвана компенсировать действие принципа номинализма, игнорирующего обесценение денег. Последнее особенно критично в отношении средств к существованию, при недостаточности которых ни о какой достойной жизни говорить не приходится.

(б) Обращаясь к толкованию цитированной нормы, Пленум обозначает ее политико-правовой смысл – предоставление гарантии **повышения размера** выплат на содержание гражданина. Хотя ст. 318 ГК не оперирует термином «индексация», Пленум вслед за некоторыми кодексами и иными законами вводит (или возвращает) это понятие, которым обозначается пропорциональное повышение суммы выплаты на содержание гражданина.

При этом, видимо по мотиву актуальности, Пленум добавляет к своему суждению также и указание на ст. 1091 ГК. Согласно данной норме суммы выплачиваемого гражданам возмещения вреда, причи-

ненного жизни или здоровью потерпевшего, подлежат изменению пропорционально росту установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума на душу населения в соответствующем субъекте Российской Федерации по месту жительства потерпевшего, а при отсутствии в соответствующем субъекте Российской Федерации указанной величины данные суммы должны быть не менее установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации.

Соединение ст. 318 и ст. 1091 ГК уже встречалось в правовых позициях ВС¹ и, возможно, в комментируемом разъяснении Пленум продолжил эту методологию.

Такое избирательное отношение не должно вводить в заблуждение. Общее правило ст. 318 ГК установлено для всяких денежных обязательств, предусматривающих выплаты непосредственно на содержание гражданина, а не только для обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Другой пример, который приводится в самой ст. 318 ГК, связан с договором пожизненного содержания гражданина. Согласно п. 2 ст. 602 ГК в договоре пожизненного содержания с иждивением должна быть определена стоимость всего объема содержания с иждивением. При этом стоимость общего объема содержания в месяц по договору пожизненного содержания с иждивением, предусматривающему отчуждение имущества бесплатно, не может быть менее двух установленных в соответствии с законом величин прожиточного минимума на душу населения в соответствующем субъекте Российской Федерации по месту нахождения имущества, являющегося предметом договора пожизненного содержания с иждивением, а при отсутствии в соответствующем субъекте Российской Федерации указанной величины — не менее двух установленных в соответствии с законом величин прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации. Как видно, и данная норма устанавливает соответствующую гарантию.

Кроме того, следует учитывать, что далеко не все обязательства, возникшие в связи с причинением вреда жизни или здоровью, подлежат индексации. Убытки гражданина, которые он претерпел в виде **поне-сенных** расходов на лечение, дополнительное питание, приобретение лекарств, протезирование, посторонний уход, санаторно-курортное лечение, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии и т.п., индексации не подлежат.

¹ См. п. 36 Постановления № 1.

Помимо этого, другими законами также может быть предусмотрена подобная гарантия. Например, согласно п. 1 ст. 117 СК индексации подлежит сумма алиментов пропорционально росту величины прожиточного минимума для соответствующей социально-демографической группы населения, установленной в соответствующем субъекте Российской Федерации по месту жительства лица, получающего алименты, а при отсутствии в соответствующем субъекте Российской Федерации указанной величины — пропорционально росту величины прожиточного минимума для соответствующей социально-демографической группы населения, установленной в целом по Российской Федерации.

(в) Установленное в ст. 318 ГК правило снабжено оговоркой о его применении в случае, если иное не предусмотрено законом. Из этого можно было бы вывести, что никакого другого правила предусмотреть договором невозможно. Однако Пленум, определив цель законодателя, обоснованно допускает ограниченную диспозитивность данной нормы, прибегая к телеологическому толкованию. Повышенный размер индексации выплат по условиям обязательства допускается, а уменьшение размера выплат гражданину не допускается. Кроме того, Пленум не позволяет также иное ухудшение положения гражданина. Понятие иного ухудшения положения гражданина не раскрывается. Можно предположить, что такое недопустимое ухудшение будет наблюдаться, например, при установлении отсрочки исполнения обязательства, поскольку это лишит гражданина на определенный период средств к существованию.

Разъяснение не уточняет, каково последствие нарушения сформулированных в нем требований. Под буквальные критерии, которые могли бы послужить обоснованием ничтожности соответствующего условия в сделке, рассматриваемый случай, по всей видимости, не вполне подходит¹, разве что усмотреть в ст. 318 ГК явно выраженный запрет таких условий или приравнять названные условия к случаям нарушения публичного интереса в обеспечении безопасности жизни и здоровья граждан. Ограничение гражданина в средствах к существованию действительно может угрожать его жизни или здоровью. Поэтому есть основания рассматривать условия обязательства, которые уменьшают размер индексации или иным образом ухудшают положение гражданина, как ничтожные. Последнее не означает, что гражданин, который получил соответствующие суммы, обязан к их возврату по реституции.

¹ См. п. 75 Постановления № 25.

Основанием увеличения денежного обязательства должника является закон, а не условие обязательства. Стало быть, должник продолжает оставаться обязанным в размере недоплаченных сумм.

35. По смыслу пункта 1 статьи 316 и статьи 318 ГК РФ и статьи 2 Федерального закона от 24 октября 1997 года № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» в их системной взаимосвязи сумма, выплачиваемая непосредственно на содержание гражданина, увеличивается пропорционально повышению величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации, в котором такой гражданин проживает. При этом принимается во внимание прожиточный минимум, установленный для населения в целом, а не для его отдельных социально-демографических групп, если иное не установлено законом.

В случае, если в указанном субъекте Российской Федерации величина прожиточного минимума не установлена, сумма, выплачиваемая непосредственно на содержание гражданина, увеличивается пропорционально повышению величины прожиточного минимума, установленного в целом по Российской Федерации.

По смыслу пунктов 1, 2 статьи 2 Федерального закона от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» порядок увеличения выплачиваемых на содержание гражданина сумм, предусмотренный статьей 318 ГК РФ в редакции данного закона, с 1 июня 2015 года подлежит применению ко всем соответствующим обязательствам независимо от даты их возникновения.

(а) Несмотря на то, что ст. 318 ГК установлен более или менее ясный принцип увеличения соответствующих выплат гражданину, Пленум посчитал необходимым детализировать подлежащие применению нормативные акты.

Норма данной статьи отсылает к закону, устанавливающему величину прожиточного минимума. Пленум конкретизирует этот нормативный акт, ссылаясь на Закон о прожиточном минимуме, а именно на его ст. 2. Поскольку далее в разъяснении идет речь о величине прожиточного минимума, установленного в **субъекте Российской Федерации**, видимо, имеется в виду п. 2 данной статьи. Он предусматривает, что прожиточный минимум в субъектах Российской Федерации предназначается для:

— оценки уровня жизни населения соответствующего субъекта Российской Федерации при разработке и реализации региональных социальных программ;

- оказания необходимой государственной социальной помощи и предоставления мер социальной поддержки малоимущим гражданам;
- формирования бюджетов субъектов Российской Федерации;
- других установленных федеральным законом целей.

Действительно, величина прожиточного минимума ощутимо разнится от региона к региону с учетом масштаба территории страны. Поскольку выплаты предназначены кредитору, для целей ст. 318 ГК принимается во внимание место жительства кредитора, а не место жительства или место нахождения должника.

Обосновывая свое суждение, Пленум, помимо приведенных законоположений, ссылается на п. 1 ст. 316 ГК, определяющий место исполнения обязательства. Однако данное предписание закона не может обосновать названную правовую позицию, она лишь иллюстрирует, что денежные обязательства исполняются в различных местах, в зависимости от параметров, связанных с кредитором. Правила о месте исполнения денежного обязательства и определения размера увеличения соответствующих выплат не подлежат одновременному применению для целей ст. 318 ГК. Пункт 1 ст. 316 ГК устанавливает правила для места исполнения обязательства, а ст. 318 ГК определяет его размер, поэтому ни о какой системной взаимосвязи говорить не приходится. Более того, для безналичных расчетов местом исполнения признается банк, в котором открыт счет кредитора, что может не совпадать с местом его жительства и привести к искажению той разумной идеи, которая положена в основу разъяснения. Но самое главное в необходимом разграничении ст. 316 и ст. 318 ГК заключается в том, чтобы исключить применение п. 2 ст. 316 ГК к случаям изменения места жительства кредитора. Поскольку ст. 318 ГК к месту исполнения не имеет отношения, должник не вправе требовать возмещения его увеличившихся издержек на исполнение в таком случае, когда величина прожиточного минимума в регионе, куда переселился кредитор, окажется выше. В противном случае это может приводить к несправедливым результатам. Допустим, потерпевший переезжает в регион с более высокой величиной прожиточного минимума, скажем, для целей длительного лечения, а причинитель вреда требует от него возмещения издержек, поскольку размер его обязательства изменяется в связи с таким изменением места жительства кредитора.

(б) Во втором предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум касается вопроса проведенной в специальном законе дифференциации двух видов величин прожиточного минимума. Первый устанавливается **для населения в целом**, а второй – для основных социально-демогра-

фических групп населения, а именно для трудоспособного населения, пенсионеров и детей.

По общему правилу подлежит применению первый вид прожиточного минимума, т.е. индексация производится без учета нормативного показателя, установленного для соответствующей социально-демографической группы населения. Однако Пленум делает исключение для случаев, предусмотренных законом.

Действительно, в некоторых законах индексация предусматривается по методу, учитывающему названные группы. Например, так обстоят дела с алиментными обязательствами (п. 1 ст. 117 СК). Статья 318 ГК такой вариативности метода индексации выплат не предусматривает. Установленная в законодательстве дифференциация используемых показателей прожиточного минимума может возбуждать вопрос о соответствии Конституции релевантных норм законов. Дело в том, что кредиторы по обязательствам, предусматривающим выплату на непосредственное содержание гражданина, оказываются в неравных условиях, оснований для которых не усматривается. Приведем иллюстрацию на основе наших расчетов. Допустим, в Самарской области проживают два кредитора, один — пенсионер с алиментным требованием, а другой — трудоспособный гражданин с деликтным требованием. Каждому ежемесячно причитается по 20 000 руб. Индексация выплат в связи с ростом прожиточного минимума во втором квартале 2020 г. приведет к тому, что алиментный кредитор получит на 34 руб. в месяц меньше, чем деликтный кредитор. Конечно, как говорится, цена вопроса невелика, но тут дело в принципе, поскольку все равно результат получается несправедливый.

(в) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум обращается к такой ситуации, когда величина прожиточного минимума в соответствующем субъекте Российской Федерации **не установлена**. Тогда подлежит применению величина прожиточного минимума, установленного в целом для Российской Федерации.

Наверное, практике известны такие случаи, хотя по закону их быть не должно. Дело в том, что согласно абз. 1 п. 3 ст. 4 Закона о прожиточном минимуме величина прожиточного минимума на душу населения в субъекте Российской Федерации на очередной год **устанавливается** до 15 сентября текущего года субъектом Российской Федерации с учетом коэффициента региональной дифференциации, который рассчитывается как соотношение величины прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации и величины прожиточного минимума на душу населения в соответствующем субъекте

Российской Федерации в порядке, определяемом Правительством РФ. Следовательно, определенная Пленумом гипотеза может выполняться, если в соответствующем субъекте Российской Федерации не исполняются федеральные законы.

(г) До реформы ст. 318 ГК предусматривала индексацию соответствующих сумм в случаях и в порядке, которые установлены законом или договором. Привязки к прожиточному минимуму эта норма не содержала.

Соответственно, на практике может возникать вопрос об обязательствах, возникших до изменения данной нормы. В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» данный Закон вступил в силу с 1 июня 2015 г. Согласно общему правилу п. 2 той же статьи положения Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) применяются к правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу настоящего Федерального закона. По правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу настоящего Федерального закона, положения Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) применяются к тем правам и обязанностям, которые возникнут после дня вступления в силу настоящего Федерального закона, если иное не предусмотрено настоящей статьёй.

Никакого специального правила в отношении обязательств, предусматривающих выплаты на содержание гражданина, данной статьёй не предусмотрено. По обязательствам, предусматривающим выплаты на содержание гражданина, все права и обязанности возникают в момент возникновения самого обязательства, но сроки их исполнения наступают позднее. Отсюда следовало бы сделать вывод, что новая редакция ст. 318 ГК применяется только к таким обязательствам, которые возникли после 1 июня 2015 г. Такое положение дел могло бы привести к социальному неравенству.

Однако Пленум обнаружил в п. 1 и 2 ст. 2 названного Закона такой их смысл, что позволило ему сформулировать правовую позицию, согласно которой новая редакция ст. 318 ГК подлежит применению ко всем обязательствам, **независимо от даты** их возникновения. Такой подход соответствует принципу равенства и не влечет несправедливого отношения к одним и тем же кредиторам, впрочем, как и к должникам.

До реформы ГК применительно к деликтным обязательствам Пленум истолковывал ст. 318 ГК таким образом, что индексация производилась согласно федеральному закону о федеральном бюджете

Российской Федерации на соответствующий год¹. Таким образом, комментируемое Постановление изменило подход в истолковании данной нормы вслед за изменением ее содержания.

(д) Поскольку параметры индексации связаны с местом жительства кредитора, на практике может возникать непростой вопрос применения ст. 318 ГК в случае переезда кредитора за границу. Пленум не касается этого нюанса. Здесь логически возникает три варианта индексации: 1) по величине прожиточного минимума в иностранном государстве; 2) по величине прожиточного минимума последнего места жительства кредитора на территории России; 3) по величине прожиточного минимума в Российской Федерации в целом.

Букве закона в большей степени отвечает первый вариант, однако этот подход небесспорен. Дело в том, что неизбежное применение курса валют в этом случае может приводить к искажению с учетом цели закона. В курсе валюты могут быть заложены такие факторы, которые непосредственно на прожиточный минимум не влияют, например, политические риски для инвесторов. Логического решения этот вопрос не имеет, а потому суды, скорее всего, будут искать ответ на него исходя из принципа справедливости. Возможно, компромиссный вариант мог бы базироваться на применении такой величины прожиточного минимума на территории России, который больше соответствует прожиточному минимуму в иностранном государстве.

36. Согласно статье 318 ГК РФ иной порядок увеличения суммы, выплачиваемой непосредственно на содержание гражданина, может быть предусмотрен законом.

В частности, размер индексации сумм, выплачиваемых по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, на основании судебного акта, предусматривающего взыскание за счет средств федерального бюджета, может быть предусмотрен федеральным законом о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год.

(а) Предусмотренное в ст. 318 ГК правило индексации по буквальному ее смыслу применяется, если иное не предусмотрено законом. Какое иное правило может быть установлено, в законе не конкретизировано.

В абз. 1 комментируемого пункта Пленум обоснованно отвергает такое гипотетически возможное толкование названной нормы, со-

¹ См. п. 36 Постановления № 1.

гласно которому закон может предусмотреть, что соответствующие суммы вообще не подлежат индексации или могут быть уменьшены. Разъяснение трактует об **ином порядке увеличения** соответствующих сумм. Теоретически можно было бы рассуждать об уменьшении сумм выплат в случае существенного снижения прожиточного минимума. Однако на практике он обычно только растет, а кроме того, хорошо известно, что этот минимум, включая динамику его увеличения, всегда является заниженным.

Наверное, нельзя исключать возможность установления иного законодательного порядка индексации, но каким бы он ни был, иное регулирование не должно приводить к дискриминации кредиторов по таким обязательствам. Это вступило бы в противоречие с конституционным принципом равенства. Стремление Пленума не допустить ухудшение положения граждан не может не импонировать, но законодателя оно все же остановить не может. Юридические пределы усмотрения последнего установлены Конституцией. Как с этим обстоят дела, уже было проиллюстрировано выше и будет еще продемонстрировано ниже.

(б) В абз. 2 приводится частный случай установления такого порядка индексации, который соответствует прежней практике. Речь идет о судебном взыскании соответствующих сумм **за счет средств федерального бюджета**.

Действительно, ежегодно соответствующий федеральный закон предусматривает коэффициент индексации. Так, например, п. 3 ст. 8 Федерального закона от 8 декабря 2020 г. № 385-ФЗ «О федеральном бюджете на 2021 год и на плановый период 2022 и 2023 годов» гласит: установить, что с 1 января 2021 г. размер индексации сумм, выплачиваемых по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, на основании судебного акта, предусматривающего взыскание за счет средств федерального бюджета, составляет 1,037.

Получается, что к одним обязательствам, связанным с причинением вреда, применяется один метод индексации, а к другим — другой. Приводит ли это к неравенству? Проверим на примере. Допустим, имеются два деликтных обязательства, по одному из которых деликвентом является частное лицо, а потерпевшим — гражданин, проживающий в Москве, а по другому — соответствующая сумма присуждена потерпевшему за счет федерального бюджета. Возьмем опять же одинаковые суммы ежемесячных выплат на непосредственное содержание потерпевших равными 20 000 руб. Потерпевший в результате индексации получит от государства на 190 руб. 60 коп. меньше. Дискриминация налицо. Еще

можно было бы понять, что государство принимает на себя повышенные обязательства, а потому по взысканиям за счет федерального бюджета коэффициент индексации выше (хотя и это вызывает сомнения), но действующее нормативное регулирование, поддержанное Пленумом, дает совсем иную картину. Бенефициаром неравенства является федеральный бюджет. Дальнейшие комментарии излишни, ибо *sapienti sat*.

(в) Пленум объективным образом не мог высказаться по вопросу о том, как соотносится индексация, предусмотренная ст. 318 ГК, с индексацией, предусмотренной процессуальным законом. В 2021 г. КС признал не соответствующими Конституции ч. 1 ст. 183 АПК и ст. 208 ГПК, предусматривающие индексацию присужденных сумм, но не устанавливающие ее размер. Он постановил: впредь до изменения данных норм использовать официальный индекс потребительских цен, определяемый Росстатом¹.

Насколько адекватно применение индекса потребительских цен для споров с лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, — большой вопрос, хотя для кредиторов это, конечно, лучше, чем ничего.

Возникает вопрос о допустимости применения индексации по ст. 318 ГК и индексации в соответствии с названными правовыми позициями конституционного истолкования норм процессуального закона. Представляется, что оснований для двойной индексации не имеется, поскольку специальная норма об индексации (ст. 318 ГК) исключает применение общих норм, к каковым следует отнести правовые позиции КС. Применение исключительно процессуального законодательства для обоснования индексации присужденных денежных сумм нарушает принцип межотраслевой системности законодательства, а потому следует учитывать и нормы материального права², которые могут предусматривать компенсационные механизмы, защищающие антиинфляционные интересы кредиторов.

В итоге получается, что к индексации по денежным обязательствам применяются четыре разных метода. Для алиментных обязательств — один, для деликтных обязательств — другой, для присуждения за счет федерального бюджета — третий, а для всех остальных денежных присуждений — четвертый. Кажется, что в этом многообразии нет никакого смысла. Общая цель правопорядка одна: предоставить кредитору

¹ См. постановления КС от 12 января 2021 г. № 1-П, от 22 июля 2021 г. № 40-П. КС также Постановление КС от 23 июля 2018 г. № 35-П.

² См. об этом мнение судьи КС к Постановлению КС от 23 июля 2018 г. № 35-П.

по денежному обязательству, чье требование защищено судом, дополнительную защиту его интересов ввиду инфляционных процессов в экономике. Если последнее верно, то в силу принципа равенства требуется поставить всех кредиторов и должников по денежным обязательствам в равное положение.

(г) Пленум не коснулся важного вопроса в части использования в законе выражения об увеличении соответствующей суммы по денежному обязательству. Закон трактует о том, что данная сумма **увеличивается**. Но что это означает с юридической точки зрения? Происходит ли это увеличение в силу закона или для такого увеличения требуется решение суда?

Как указывалось выше, все четыре метода индексации соответствующих сумм предоставляют дополнительную защиту кредитору ввиду инфляционных процессов, т.е. от обесценения денег. Параметры инфляции, как было продемонстрировано выше, официально фиксируются компетентными органами в установленном порядке. Этот порядок установлен в позитивном праве, т.е. известен должнику, ибо всем вменяется его знание. Отсюда следует, что должник в силу закона обязан самостоятельно определять изменяющийся размер своего долга перед кредитором, индексировать соответствующую сумму и уплачивать ее в предусмотренный законом, соглашением или решением суда срок в увеличенном размере.

Если этот вывод верен, то при просрочке исполнения должником обязательства, в том числе когда он уплачивает долг без учета индексации, в силу ст. 395 ГК подлежат уплате также и проценты, как мера гражданско-правовой ответственности. Для того чтобы произвести нехитрое арифметическое действие, совсем не обязательно привлекать к такому делу судью, с этим справится и калькулятор.

Теоретически можно обосновать несколько других вариантов соотношения индексации и текущей санкции, на которую кредитор имеет право при неисполнении денежного обязательства. Однако это в значительной степени относится к уяснению природы и функции процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, применение которой разъясняется в другом постановлении Пленума и выходит за рамки комментария к рассматриваемому Постановлению. Отметим лишь, что, судя по правовым позициям КС, с учетом тех дел, которые послужили основанием их принятия, предусматривается кумулятивное применение текущей санкции и индексации. Иными словами, с момента вступления в законную силу решения суда, которое не исполняется должником, приговоренная сумма индексируется, а также на нее начисляются проценты

и (или) неустойка. Более того, с учетом первых подходов в судебной практике применения этих правовых позиций считается возможным применение индексации к сумме неустойки, присужденной, но не уплаченной должником¹. Такой подход несколько неожиданный, с учетом доминирующего представления о том, что неустойка и охранительные проценты также выполняют функцию защиты интересов кредитора от инфляции. Тем не менее, поскольку в России охранительные проценты недостаточно стимулируют должников к исполнению обязательства, в итоге новые подходы с добавлением индексации в целом лучше защищают кредиторов. Хотя более логичной и простой системой является европейская модель, согласно которой с момента неисполнения обязательства (а не с момента присуждения денежной суммы) должник в коммерческих отношениях обязан уплачивать проценты по формуле: ставка рефинансирования (в России – ключевая ставка), увеличенная на 8+ процентных пунктов.

Несмотря на позитивное влияние рассмотренных правовых позиций КС в отношении защиты нарушенных прав кредиторов по денежным притязаниям, по сравнению с прежним положением они имеют и негативный аспект. Дело заключается в том, что повышенная защита кредитора (взыскателя) с учетом необходимой индексации в период неисполнения решения суда не стимулирует должников к своевременному добровольному исполнению денежных обязательств до принятия такого решения. Напротив, при таком подходе неисправный должник, не заботящийся о своем добром имени, объективно заинтересован всячески затягивать исполнение своего обязательства. Он оказывается экономически стимулированным не исполнять обязательство добровольно, довести дело до суда, предпринять действия по его как можно более длительному разбирательству, поскольку индексация применяется только после судебного взыскания. С учетом и так невысокой исполнительской дисциплины многих участников гражданского оборота такое положение дел приведет к увеличению и без этого уже высокой нагрузки на судебную систему, дополнительным судебным издержкам по взысканию и отдалению реальной защиты нарушенных прав кредиторов.

37. По смыслу статьи 319 ГК РФ под упомянутыми в ней процентами понимаются проценты, являющиеся платой за пользование денежными средствами (например, статьи 317.1, 809, 823 ГК РФ). Проценты, являющиеся мерой гражданско-правовой ответственности, например, проценты,

¹ См.: Определение СКГД ВС от 22 июня 2021 г. № 1-КГ21-5-К3.

предусмотренные статьей 395 ГК РФ, к указанным в статье 319 ГК РФ процентам не относятся и погашаются после суммы основного долга.

Положения статьи 319 ГК РФ, устанавливающие очередность погашения требований по денежному обязательству, могут быть изменены соглашением сторон. Однако соглашением сторон может быть изменен порядок погашения только тех требований, которые названы в статье 319 ГК РФ.

Иная очередность погашения требований по денежному обязательству также может быть предусмотрена законом. В частности, к отношениям по договорам потребительского кредита (займа), заключенным после введения в действие Федерального закона от 21 декабря 2013 года № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», подлежит применению очередность погашения требований, предусмотренная частью 20 статьи 5 данного закона.

(а) Из одного юридического факта может возникать одно или несколько обязательств в узком смысле. Эти обязательства могут быть тождественными по юридической характеристике или разнородными. Обязательства разграничиваются на охранительные и регулятивные, но и регулятивные имеют видовое деление. Среди денежных обязательств также обнаруживается видовое разнообразие. В частности, выделяются такие их разновидности, как (1) возмещение издержек кредитора по получению исполнения, (2) проценты, (3) основной долг.

Когда обязательство исполняется сполна, обычно юридическая характеристика вида обязательства не имеет практического значения. Но может так стать, что сумма произведенного должником платежа недостаточна для полного погашения его долгов. При наличии юридической разнородности денежных обязательств возникает неопределенность, в счет какого из них следует засчитывать полученное кредитором. Теоретически возможно различное решение: можно исходить из принципа пропорциональной атрибуции полученной суммы, можно отдать этот вопрос на усмотрение кредитора или должника, но наш правопорядок избирает другую модель, которая призвана стимулировать должника к надлежащему исполнению.

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.

Как видно, при описанной структуре обязательства чем меньше сумма платежа, тем большая база основного долга остается для начисления

процентов. Должник стимулируется к полному исполнению; чтобы снять с себя финансовое бремя уплаты процентов, он должен заплатить сполна. Поскольку согласно небесспорной позиции Пленума из природы денежного обязательства выведена допустимость исполнения денежного обязательства по частям (см. комментарий к п. 17 Постановления), актуальность применения данной нормы увеличивается.

Чаще всего нормы гражданского законодательства регулируют обязательство в широком смысле (например, договор) или обязательство в узком смысле (например, обязанность, возникшую из договора). Большинство норм в общих положениях об обязательствах в ГК посвящены обязательству в узком смысле. Но в ст. 319 ГК понятие обязательства применяется в третьем его значении. Законодатель оперирует выражением об исполнении денежного обязательства полностью, что, по внешней видимости, может быть воспринято как наличие одного обязательства, но на самом деле оно состоит из нескольких обязательств (обязанностей). Речь идет о **совокупном обязательстве** одной стороны, т.е. совокупности нескольких обязанностей, которые в своей сумме и по структуре не тождественны ни обязательству в широком смысле, ни обязательству в узком смысле, являясь совокупностью последних.

(б) Законодатель использует в ст. 319 ГК понятие «**проценты**», не уточняя, о каких процентах идет речь. Как известно, терминологическая традиция российского законодательства такова, что процентами именуется как регулятивные проценты за пользование капиталом, так и охранительные проценты за просрочку в исполнении денежного обязательства (ст. 395 ГК). В процентах также зачастую выражается неустойка, а именно такая ее разновидность, как пеня.

В судебной практике еще в конце прошлого века возник вопрос о правовой природе процентов, указанных в ст. 319 ГК. Было предусмотрено, что при применении норм об очередности погашения требований по денежному обязательству при недостаточности суммы произведенного платежа (ст. 319 ГК) судам следует исходить из того, что под процентами, погашаемыми ранее основной суммы долга, понимаются **проценты за пользование** денежными средствами, подлежащие уплате по денежному обязательству, в частности, проценты за пользование суммой займа, кредита, аванса, предоплаты и т.д. Из этого делался логический вывод, что проценты, предусмотренные ст. 395 ГК за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, погашаются после суммы основного долга¹.

¹ См. п. 11 Постановления № 13/14.

Дальнейшая практика арбитражных судов в отношении правовой природы процентов следовала данной правовой позиции, указывая, что под процентами понимаются проценты за пользование денежными средствами, подлежащие уплате по денежному обязательству, в том числе проценты за пользование суммой займа, кредита, аванса, предоплаты (ст. 809 ГК)¹.

Под издержками кредитора по получению исполнения в арбитражной практике обычно понимается **государственная пошлина**. Под издержками кредитора по получению исполнения в названной статье ГК понимаются, например, платежи, которые кредитор обязан совершить в связи с принудительной реализацией своего требования к должнику (в частности, сумма уплаченной кредитором государственной пошлины)². Но это могут быть и другие платежи, например, издержки по протесту векселя.

(в) Таким образом, в арбитражной практике правовая природа процентов, предусмотренных ст. 319 ГК, была определена в качестве регулятивных и отграничена от охранительных процентов (ст. 395 ГК). Продолжение этой линии в судебной практике сначала обнаружилось в другом постановлении Пленума. Исходя из положений ст. 319 ГК об очередности погашения требований по денежному обязательству, при недостаточности суммы произведенного платежа судам следует учитывать, что под процентами, погашаемыми ранее основной суммой долга, понимаются **проценты за пользование** денежными средствами, подлежащие уплате по денежному обязательству, в частности, проценты за пользование суммой займа, кредита, аванса, предоплаты и т.д. (ст. 317.1, 809, 823 ГК). Проценты, предусмотренные ст. 395 ГК за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, к указанным в ст. 319 ГК процентам не относятся и погашаются после суммы основного долга³.

В первом предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум еще раз подтверждает ранее сложившуюся судебную практику в отношении толкования понятия процентов, использованного в ст. 319 ГК. Он также именуется их платой за пользование денежными средствами, конкретизируя свое суждение ссылками на те же нормы ст. 317.1, 809, 823 ГК. Это устраняет всяческие сомнения в том, что речь не идет о процентах, имеющих охранительный характер. Но чтобы все стало предельно ясно,

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 17 июля 2001 г. № 164/01; абз. 2 п. 1 Информационного письма № 141.

² См. абз. 2 п. 1 Информационного письма № 141.

³ См. абз. 1 и 2 п. 49 Постановления № 7.

Пленум опять во втором предложении данного абзаца *expressis verbis* постулирует, что проценты, являющиеся мерой гражданско-правовой ответственности, например проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, к указанным в ст. 319 ГК процентам не относятся. При этом здесь же проясняется и очередность уплаты охранительных процентов – они погашаются **после суммы основного долга**. Тут надо сделать одно уточнение, приняв во внимание, что если стороны изменили указанную очередность, например, поставив основной долг в первую очередь, то охранительные проценты погашаются не после основного долга, а после погашения всех трех видов долга, т.е. в четвертую очередь из всех возможных.

(г) Норма ст. 319 ГК по ее буквальному значению сформулирована как неограниченно диспозитивная. Она имеет соответствующий литеральный атрибут, определяя, что предусмотренное ею правило действует **при отсутствии иного соглашения**.

Однако согласно методологии толкования норм частного права диспозитивная норма может быть истолкована как ограниченно диспозитивная (полуимперативная). Если норма содержит прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, суд, исходя из существа нормы и целей законодательного регулирования, может истолковать такое указание ограничительно, т.е. сделать вывод о том, что диспозитивность этой нормы ограничена определенными пределами, в рамках которых стороны договора свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила¹.

В практике арбитражных судов была использована именно эта методология в истолковании рассматриваемого законоположения. Применив ст. 319 ГК, суды должны учитывать, что названная норма не регулирует отношения, связанные с привлечением должника к ответственности за нарушение обязательства (гл. 25 ГК), а определяет порядок исполнения денежного обязательства, которое должник принял на себя при заключении договора. В связи с изложенным судам следует иметь в виду, что соглашением сторон может быть изменен порядок погашения **только тех требований, которые названы** в ст. 319 ГК (например, стороны вправе установить, что при недостаточности платежа обязательство должника по уплате процентов погашается после основной суммы долга). Соглашение, предусматривающее, что при исполнении должником денежного обязательства не в полном объеме требования об уплате неустойки, процентов, предусмотренных

¹ См. абз. 2 п. 3 Постановления № 16.

ст. 395 ГК, или иные связанные с нарушением обязательства требования погашаются ранее требований, названных в ст. 319 ГК, противоречит смыслу данной статьи и является **ничтожным** (ст. 168 ГК)¹.

С политико-правовой точки зрения такой подход может вызывать сомнения, поскольку ограничивает свободу договора без достаточных к тому оснований. Должники по другим аспектам условий обязательств вправе согласовывать такие положения договоров, которые, взятые в отдельности, невыгодны для них, причем в значительно большей степени, чем изменение очередности зачисления платежа. Но, возможно, такая строгость в судебной практике, которая, по существу, сводится к *ex ante* контролю несправедливого договорного условия, обусловлена опасением массового изменения сильной стороной очередности ст. 319 ГК в ущерб интересам слабой стороны. Если предположить, что такие опасения небеспочвенны, то, действительно, методология *ex post* судебного контроля за несправедливыми условиями договора могла бы оказаться затрудненной в силу массовости явления. Что касается существа дела, то, действительно, изменение очередности, согласно которой недостаточная сумма платежа сначала погашает сумму санкций, может привести к своего рода закабалению должника, испытывающего недостаток средств. Уплачивая долги по частям, по мере приискания средств к платежу, он не мог бы перейти к погашению регулятивных долгов, все время погашая нарастающие от просрочки санкции.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум в целом продолжает ту же линию, указывая на ограниченный характер диспозитивности нормы, — соглашением сторон может быть изменен порядок погашения **только тех требований, которые названы** в ст. 319 ГК. Несмотря на то, что, как было обосновано выше, данная правовая позиция сформулирована еще в конце прошлого века и последовательно выдерживается в судебной практике, некоторые суды до сих пор допускают судебные ошибки, которые приходится исправлять на самом высоком инстанционном уровне².

Примечательно, что первоначальный проект Постановления содержал указание на диспозитивность положений ст. 319 ГК, но в итоговый текст этот термин не попал. Тот факт, что разъяснение не содержит

¹ См. абз. 1–3 п. 2 Информационного письма № 141. См. также: Постановление Президиума ВАС от 21 июня 2011 г. № 17859/10.

² См., например, определения СКГД ВС от 16 февраля 2021 г. № 5-КГ20-108-К2; от 16 декабря 2019 г. № 19-КГ19-23; от 16 апреля 2019 г. № 49-КГ19-14; от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39; от 3 апреля 2018 г. № 5-КГ17-255; от 12 декабря 2017 г. № 49-КГ17-27.

буквального указания на ничтожность иных договоренностей, включая первоочередное погашение процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, видимо, не является основанием для противоположного вывода. Концепция полуимперативных (ограниченно диспозитивных) норм не может привести к иному суждению, кроме как к признанию ничтожными противоречащих соответствующей норме соглашений или их отдельных условий, если иное не предусмотрено законом. Текущая практика имеет свидетельства квалификации соответствующих условий ничтожными¹. Хотя при рассмотрении первоначального проекта Постановления прозвучало, что приведенное компромиссное решение вынудит суды в каждом случае дописывать соответствующие положения и приходиться к выводам либо о ничтожности условия о возможности первоначальной уплаты неустойки, либо, наоборот, о констатации его действительности, исходя из действий общих принципов, особенно в предпринимательских отношениях². *De lege ferenda* вполне можно обсуждать расширение свободы усмотрения сторон в том смысле, чтобы предприниматели могли принимать на себя последствия любого изменения очередности погашения денежных обязательств, в том числе первоначального зачисления платежа в счет сумм санкций, включая неустойку. Но вывести это суждение из текста разъяснения не представляется возможным.

Обычно попытки определить первоочередность зачисления сумм ответственности предпринимаются кредиторами в соглашении сторон, однако на практике имеются и другие случаи, когда, например, такое положение предусматривается в корпоративном решении. Судебная практика последовательно проводит политико-правовой смысл ст. 319 ГК, обоснованно распространяя комментируемое разъяснение и на такие решения, в частности в отношении некоммерческого дачного партнерства³.

Стороны могут предусмотреть такие варианты очередности: а) основной долг, издержки, проценты; б) проценты, издержки, основной долг; в) основной долг, проценты, издержки; г) проценты, основной долг, издержки; д) издержки, проценты, основной долг. Что касается сумм ответственности, к какому бы виду они ни относились, их погашение производится только после погашения всех из имеющихся трех названных в ст. 319 ГК обязательств.

¹ См. определения СКГД ВС от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39; от 12 декабря 2017 г. № 49-КГ17-27.

² См. https://www.youtube.com/watch?v=Sz_PJiQ6mps.

³ См.: Определение СКГД ВС от 17 сентября 2019 г. № 5-КГ19-127.

Поскольку ст. 319 ГК не применяется к атрибуции сумм ответственности, в гражданском законодательстве может возникнуть вопрос в отношении возможной неопределенности в случае платежа суммы по обязательству, относящемуся к категории ответственности. Он не является критичным с практической точки зрения, поскольку в обороте суммы ответственности относительно редко уплачиваются добровольно, а если уплачиваются, то указывается характер платежа (в возмещение убытков, неустойка, охранительные проценты). Кроме того, на практике не очень часто встречаются случаи, когда у должника имеется несколько охранительных обязательств разного вида. Тем не менее в каких-то редких случаях нельзя исключать соответствующей неопределенности.

Неустойка, как и охранительные проценты, теоретически могут рассматриваться как упрощенная форма возмещения потерь кредитора. Если принять это во внимание, а также учитывать, что неустойка либо специально установлена в законе, либо выговорена в соглашении, а проценты также специально включены в договор наряду с неустойкой и являются специальной санкцией по денежным обязательствам (п. 4 ст. 395 ГК), тогда как убытки выступают общей мерой ответственности, то образуется такая очередность: 1) неустойка; 2) охранительные проценты; 3) убытки. Однако нормативное решение формально-юридически должно быть другим (ст. 319.1 ГК). Данный вопрос выходит за рамки комментария, и его более развернутое рассмотрение здесь не приводится.

(д) Как уже указывалось, норма ст. 319 ГК содержит атрибут диспозитивности, но в отличие от ряда других законоположений не содержит указания на то, что **иное правило может предусматриваться законом**. Как известно, это не является препятствием для федерального законодателя устанавливать другие правила, в том числе в отраслевом законодательстве. Они будут иметь преимущество по принципу *lex specialis derogat generali*.

В абз. 3 (последнем) Пленум как раз обращает внимание судов на такой случай, что раньше в судебной практике не проявлялось. Речь идет о ч. 20 ст. 5 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)». Здесь предусмотрено следующее. Сумма произведенного заемщиком платежа по договору потребительского кредита (займа) в случае, если она недостаточна для полного исполнения обязательств заемщика по договору потребительского кредита (займа), погашает задолженность заемщика в следующей очередности:

- 1) задолженность по процентам;
- 2) задолженность по основному долгу;

- 3) неустойка (штраф, пеня) в размере, определенном в соответствии с ч. 21 настоящей статьи;
- 4) проценты, начисленные за текущий период платежей;
- 5) сумма основного долга за текущий период платежей;
- 6) иные платежи, предусмотренные законодательством Российской Федерации о потребительском кредите (займе) или договором потребительского кредита (займа).

Трудно сказать, почему неустойка поставлена вперед основного долга и процентов и тем самым заемщики оказались дискриминированы по сравнению с другими должниками по денежным обязательствам. Также неясно, почему законодатель позабыл об издержках кредитора на получение исполнения. Законодательство о потребительском кредитовании призвано предоставить гражданам повышенную защиту по сравнению с общегражданским режимом регулирования заемных отношений. Здесь же в отношении неустойки наблюдается явно прокредиторский уклон, который расходуется с политико-правовой целью защиты потребителей.

Пленум особым образом оговаривает, что эта специальная очередность применяется к отношениям по договорам потребительского кредита (займа), заключенным после введения в действие названного Закона. Но по-другому и быть не могло, поскольку, согласно ч. 2 ст. 17 данного нормативного акта, он применяется к договорам потребительского кредита (займа), заключенным после дня вступления его в силу.

(е) Ограниченная диспозитивность ст. 319 ГК означает, что в предусмотренных Пленумом пределах стороны свободны изменить названную очередность. Однако это может быть сделано в договоре. Практика показывает, что некоторые кредиторы пытаются изменить данную очередность не договором, а, например, в анкете заемщика. Несмотря на ошибки некоторых судов, вышестоящая инстанция обоснованно считает это недопустимым, поскольку анкета заемщика не является неотъемлемой частью договора или его приложением¹.

38. Если обязательство возникло на основании договора присоединения и условие такого договора об очередности погашения требований по денежному обязательству лишает присоединившуюся сторону договора прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, либо

¹ См.: Определение СКГД ВС от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39 и п. 12 Обзора судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС 14 октября 2020 г.).

содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора, к указанному договору подлежит применению пункт 2 статьи 428 ГК РФ.

(а) Как известно, по договору присоединения присоединившейся стороне предоставляется дополнительная защита. Это касается случаев, когда условия договора лишают эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключают или ограничивают ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо договор содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (п. 2 ст. 428 ГК). В какой мере изменение очередности, предусмотренной ст. 319 ГК, может подпадать под действие этой нормы?

В комментируемом пункте Пленум устанавливает новую правовую позицию, ранее не известную судебной практике. Она сводится к тому, что изменение очередности погашения требований по денежному обязательству является основанием для применения правил о **договоре присоединения**. Это может вызывать некоторые сомнения как по актуальности, так и по существу.

Стороны и при заключении договора в ординарном порядке не так часто изменяют очередность зачисления указанных в ст. 319 ГК платежей, а соединение этого договорного метода со случаями заключения договора присоединения, наверно, еще более редкое явление. Широкой практики, в том числе хоть какой-то практики самого ВС, свидетельствующей о наличии подобных случаев, не обнаруживается. Поэтому не очень ясно, вызвано ли это разъяснение потребностями практики или представляет собой последствие абстрактного умозаключения. Создается впечатление, что за годы применения комментируемого Постановления данное разъяснение не оказалось востребованным.

Кроме того, оно вызывает сомнения и по существу. Очередность, предусмотренная ст. 319 ГК, сформулирована в интересах кредитора, стимулируя должника к полному исполнению обязательства. Следовательно, ее изменение договором может пойти на пользу должника. В каких-то случаях обладая соответствующей экономической властью, те или иные должники по денежным обязательствам, например при покупке товаров, могут предлагать присоединиться к договору с изменен-

ной в свою пользу очередностью погашения требований по денежному обязательству. Наиболее реалистичным изменением очередности является такая продебиторская модель, когда при недостаточности платежа сначала погашается основной долг и лишь потом проценты, хотя при закупке товаров проценты обычно не предусматриваются. Насколько в этом случае можно говорить о лишении кредитора обычно предоставляемых прав? Если должник впал в просрочку, то изменением очередности погашения требований по денежным обязательствам от ответственности он не освобождается. Следовательно, потери кредитора должны компенсироваться в полном объеме. Также, наверное, достаточно спорно говорить о явной обременительности измененной очередности для кредитора, поскольку никакого дополнительного бремени это на него не накладывает вовсе.

Таким образом, данная правовая позиция вызывает сомнения и, думается, что она и впредь не найдет своего применения на практике.

(в) Комментируемый пункт Постановления является вторым и последним, посвященным толкованию ст. 319 ГК, поэтому уместно здесь задаться вопросом о других правовых позициях в отношении данной нормы. Дело в том, что в арбитражной практике были выработаны и другие рекомендации по толкованию и применению данной нормы, которые в комментируемом Постановлении Пленумом не восприняты¹.

Однако надо учитывать, что одна правовая позиция перекочевала в другое постановление. Так, например, обстоит дело с ранее предусмотренным в арбитражной практике положением о праве кредитора взыскивать неустойку². Положения ст. 319 ГК не лишают кредитора права до погашения основной суммы долга предъявить иск о взыскании с должника неустойки или процентов, взыскиваемых на основании ст. 395 ГК³.

Что касается остальных невоспринятых правовых позиций, то поскольку Пленум не сформулировал обратных подходов, а сделанные им разъяснения не расходятся с прежними правовыми позициями, видимо, следует считать, что они остаются актуальными. Иными словами, нет оснований считать умолчание Пленума в отношении других правовых позиций свидетельством признания их более непригодными для практики.

¹ См. абз. 2 и 3 п. 1, абз. 3–5 п. 2, п. 3–5 Информационного письма № 141.

² См. там же, абз. 5 п. 2.

³ См. абз. 3 п. 49 Постановления № 7.

39. Правила статьи 319.1 ГК РФ применяются к любым однородным обязательствам независимо от оснований их возникновения, в том числе к однородным обязательствам должника перед кредитором, возникшим как из разных договоров, так и из одного договора.

(а) Участники гражданского оборота нередко оказываются в достаточно интенсивном экономическом взаимодействии так, что в их имущественных отношениях друг с другом возникает не одно, а несколько обязательств. Причем достаточно часто эти обязательства являются однородными, например денежными, что наиболее распространено.

Исполняя обязательство, должник по естественной склонности к определенности атрибутирует свое предоставление с определенным обязательством, даже когда оно одно-единственное. Когда же у него имеются несколько обязательств перед одним и тем же кредитором, в том числе однородных, эта склонность проявляется еще более отчетливо. Должник при исполнении или сразу после него указывает кредитору, в счет какого своего обязательства он производит (произвел) исполнение. Соответственно, предоставление соотносится с определенным обязательством.

Решить, какой именно долг погасить, находится во власти должника и он определяет это своей волей и в своем интересе, пока не принужден исполнять по суду определенное обязательство. Кредитор не вправе противиться выбору должника, сколько бы он ни был заинтересован погасить другой долг своего *vis-à-vis*.

По разнородным обязательствам никакой неопределенности для сторон и для третьих лиц не возникает, поскольку характер задолженного действия, отличного от действий по другим неоднородным обязательствам, говорит сам за себя, и исполнение засчитывается по тому обязательству, предмет которого отвечает совершаемому или совершенному должником действию. Но что, если должник, имеющий однородные обязательства, упустит изъять свою волю относительно импутации исполнения, например, совершит платеж, не указав, в счет какого обязательства он платит? В каких-то случаях намерение должника может следовать из размера обязательства, когда однородные обязательства не совпадают по размеру. Но как быть, если намерение должника с уверенностью из характера действия установить не представляется возможным?

Исторически правопорядок был благосклонен к должнику, учитывая, что именно его воля определяет атрибуцию платежа и на нем лежит вся тяжесть исполнения, а потому предпринималась попытка

презумировать отсутствующую волю. Для этого использовалось предположение, что обычно для должника более тягостен задавненный долг, нежели недавно принятый. Таким образом, импутация определялась в предполагаемых интересах должника, т.е. использовался продебиторский метод (*favor debitoris*).

До реформы ГК общие положения об исполнении обязательств никаких правил об импутации исполнения не содержали. Однако в нормах об отдельных видах обязательств обнаруживалось одно такое правило. Речь идет о ст. 522 ГК, посвященной погашению однородных обязательств по нескольким договорам поставки. Согласно п. 1 данной статьи в случаях, когда поставка одноименных товаров осуществляется поставщиком покупателю одновременно по нескольким договорам поставки и количества поставленных товаров недостаточно для погашения обязательств поставщика по всем договорам, поставленные товары должны засчитываться в счет исполнения договора, указанного поставщиком при осуществлении поставки либо без промедления после поставки. Пункт 2 был посвящен уже денежному обязательству: если покупатель оплатил поставщику одноименные товары, полученные по нескольким договорам поставки, и суммы оплаты недостаточно для погашения обязательств покупателя по всем договорам, уплаченная сумма должна засчитываться в счет исполнения договора, указанного покупателем при осуществлении оплаты товаров или без промедления после оплаты. И наконец, п. 3 устанавливал соответствующую презумпцию. Если поставщик или покупатель не воспользовались правами, предоставленными им соответственно п. 1 и 2 настоящей статьи, исполнение обязательства засчитывается в погашение обязательств по договору, **срок исполнения которого наступил ранее**. Если срок исполнения обязательств по нескольким договорам наступил одновременно, предоставленное исполнение засчитывается **пропорционально** в погашение обязательств по всем договорам.

В арбитражной практике вполне ожидаемо эта норма стала применяться по аналогии к обязательствам, возникающим из других видов договоров¹.

Однако в данной статье имеется два недостатка. Во-первых, она трактует об оплате **одноименных** товаров. Между тем неопределенность на практике возникает и тогда, когда товары разноименные. Например, при наличии двух договоров поставки дизельного топлива и бензина должник осуществляет платеж и указывает в назначении

¹ См. п. 10 Информационного письма № 147.

платежа – «за нефтепродукты». Поэтому арбитражная практика обобщенно все равно применяла соответствующую норму ст. 522 ГК, хотя бы товары и были разноименными¹. Во-вторых, гипотезы норм данной статьи буквально охватывают только такую ситуацию, когда исполнение производилось по **нескольким** договорам поставки. Между тем нежелательная неопределенность по импутации исполнения может возникать и при одном договоре, из которого возникло несколько обязательств, а произведенного исполнения недостает для их погашения. Такая же неопределенность может возникать и в том случае, когда обязательства по оплате возникли из разных договоров, однако при исполнении должник не изъявил своей воли, в счет какого именно из обязательств осуществляется платеж, или это волеизъявление неясно. Допустим, имеется два договора – аренды и процентного займа, должник, уплачивая некоторую сумму, которой недостает для полного погашения долга за соответствующий период ни по одному из обязательств, указывает – «за январь». Здесь также потребуются обращение к правилам об импутации для определения погашаемых требований.

(б) При реформе ГК пробел общих положений об исполнении обязательств в отношении импутации исполнения был устранен включением ст. 319.1 ГК, посвященной погашению требований по однородным обязательствам. Однако историческая традиция проредиторской модели была изменена. В зависимости от наличия или отсутствия обеспечения принимается во внимание предполагаемый интерес кредитора, а если этот метод неприменим, то предполагаемый интерес должника.

Но первейший принцип атрибуции платежа остался неизменным – по воле должника решается, какое требование погасить исполнением. В п. 1 ст. 319.1 ГК предусматривается, что в случае, если исполненного должником недостаточно для погашения всех однородных обязательств должника перед кредитором, исполненное засчитывается в счет обязательства, **указанного должником** при исполнении или без промедления после исполнения. Таким образом, кредитор не вправе противиться атрибуции исполнения, определенной односторонней волей должника в отличие от специального случая, предусмотренного ст. 319 ГК. Поэтому право должника соотносить исполнение с одним из своих долгов

¹ См. п. 19 информационного письма Президиума ВАС от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований».

может рассматриваться в качестве своеобразного секундарного права, реализация которого предотвращает неопределенность в отношениях сторон и влечет такое преобразование структуры обязательственных связей, которое приводит к прекращению исполнением одного, а не другого обязательства.

(в) Пленум в комментируемом пункте обращает внимание судей на то, что для применения ст. 319.1 ГК не имеет правового значения, из какого **основания** возникли однородные обязательства (п. 2 ст. 307 ГК). Действительно, главной целью закона является устранение неопределенности в отношениях сторон, которая может сложиться и в тех случаях, когда однородные обязательства, главным образом денежные, возникают из юридически разнородных оснований: из сделок, деликта, неосновательного обогащения, корпоративного отношения, реституции. Ко всем этим отношениям по общему правилу подлежат применению общие положения об обязательствах (ст. 307.1 ГК) и, следовательно, ст. 319.1 ГК. Текущая судебная практика обоснованно применяет данную статью к нескольким регрессным обязательствам¹.

При этом Пленум особо выделяет, что данная статья применяется к однородным обязательствам и в том случае, если они возникли **как из разных договоров, так и из одного договора**. Надо заметить, что ничто в ст. 319.1 ГК не дает повода для иного вывода. Данное разъяснение было бы актуальным для ст. 522 ГК, которая применялась ранее по аналогии к рассматриваемым отношениям импутации исполнения. Но разъясняемые Пленумом положения ст. 319.1 ГК в отличие от ст. 522 ГК не трактуют ни об одном виде договора, ни о нескольких договорах, из которых возникают однородные обязательства. Возможно, сформулированное суждение детерминировано воспоминанием об отмеченных выше недостатках ст. 522 ГК. Если же имелось в виду таким неочевидным образом редуцировать соответствующие положения ст. 522 ГК, то для восприятия этого намерения потребуются дополнительные интеллектуальные усилия, чтобы провести телеологическую связь между толкованием ст. 319.1 ГК и ст. 522 ГК, для чего, конечно, имеются как исторические, так и логические основания.

Более востребованным является отыскание обоснования для правильного определения соотношения названных статей. Дело в том, что здесь проявляется известная коллизия двух юридических методов, поскольку ст. 522 ГК формально-юридически специальная, а ст. 319.1 ГК более поздняя. Какую из них применять к поставочным отношениям?

¹ См.: Определение СКГД ВС от 25 февраля 2020 г. № 48-КГ19-21.

Для ответа на этот вопрос следует применить принцип равенства, который требует отдать предпочтение ст. 319.1 ГК. В отношениях по импутации исполнения, возникших из договора поставки, нет ничего специального, чтобы оправдать иное правовое положение сторон, нежели в таких же отношениях, возникших из других видов договоров. Таким образом, принцип равенства вымещает в данном случае действие известного метода *lex specialis derogat generali*.

(г) В отличие от разъяснения по ст. 309.1 ГК используемое в ст. 319.1 ГК понятие **однородных** обязательств не вызвало потребности в его разъяснении, но если все же найдется такой цивилист, который затруднится в понимании смысла этого понятия, мы смело адресуем его к п. «б» комментария п. 3 Постановления.

Если имеется несколько разнородных обязательств и должник производит исполнение, то, как указывалось выше, его действие говорит само за себя, ибо оно соотносится только с одним обязательством, поскольку предметом других обязательств являются иные действия. Это суждение справедливо, когда само действие соответствует предмету обязательства, но при использовании одного из суррогатов исполнения неопределенность может возникать, пусть и в достаточно редких случаях. Можно помыслить себе такой гипотетический казус, когда должник, имея задолженность по договору займа и, скажем, по договору купли-продажи, предоставляет кредитору по соглашению об отступном некоторое имущество, а в соглашении лапидарно указано, что отступное передается в счет задолженности по договору. Насколько уместно здесь для устранения неопределенности применять правила ст. 319.1 ГК — большой вопрос. Конечно, приоритетным методом является выяснение действительной общей воли сторон, но когда ее установить не удастся, суд встанет перед выбором, то ли применить правила ст. 319.1 ГК, то ли признать, что исполненное соглашение об отступном не может считаться заключенным, поскольку не обозначает прекращаемого обязательства. Насколько последнему решению препятствует п. 3 ст. 432 ГК, тоже относится на усмотрение суда.

(д) Указание Пленума на то, что правила ст. 319.1 ГК применяются **к любым однородным обязательствам**, несмотря на всю категоричность высказывания, следует воспринимать с учетом контекста сделанного разъяснения. Дело в том, что и сами правила об импутации, установленные в п. 2, 3 данной статьи, буквальным образом снабжены исключениями, и Пленум обоснованно обнаруживает таковые (см. п. 41 Постановления). Соглашением или законом могут быть

предусмотрены иные правила погашения требований по однородным обязательствам. Более того, иное регулирование может следовать из смысла закона, а не только из его буквального значения. Помимо этого, хотя п. 1 ст. 319.1 ГК не имеет указания на то, что иное правило может быть предусмотрено законом или соглашением сторон, следует эвентуально усмотреть там такое положение. За нормативным примером далеко ходить не надо – это ст. 319 ГК, которая не предоставляет должнику право односторонней волей определить, в счет какого из названных там обязательств он производит исполнение¹. Также нет оснований придавать п. 1 ст. 319.1 ГК характер императивной нормы. Нет никакого смысла ограничивать свободу сторон в установлении иного правила, например о том, что определение обязательства, в счет которого засчитывается исполнение, осуществляет кредитор, а не должник.

40. Положения пункта 2 статьи 319.1 ГК РФ подлежат применению в тех случаях, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил либо когда по всем однородным обязательствам срок исполнения не наступил.

Например, в случаях, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств, срок исполнения по которым наступил, осуществлено исполнение, и среди таких обязательств имеются те, по которым кредитор имеет обеспечение, исполнение засчитывается в пользу обязательств, по которым кредитор не имеет обеспечения. При этом обязательство, за ненадлежащее исполнение которого предусмотрена только лишь неустойка, не считается обеспеченным в смысле пункта 2 статьи 319.1 ГК РФ.

Положения пункта 3 статьи 319.1 ГК РФ подлежат применению к тем случаям, когда имеются только обеспеченные либо только необеспеченные однородные обязательства с различными сроками исполнения. При этом из необеспеченных или из обеспеченных обязательств преимущество имеет то обязательство, срок исполнения которого наступил или наступит раньше, либо, когда обязательство не имеет срока исполнения, то обязательство, которое возникло раньше. Если сроки исполнения обеспеченных либо необеспеченных обязательств наступили одновременно, исполнение между ними распределяется пропорционально.

Вместе с тем, если среди однородных обязательств имеются те, по которым срок исполнения наступил, и те, срок исполнения по которым не наступил, исполненное в первую очередь распределяется между обя-

¹ См. абз. 3 п. 1 Информационного письма № 141.

зательствами, срок исполнения по которым наступил в соответствии с правилами, предусмотренными пунктами 2 и 3 статьи 319.1 ГК РФ.

(а) Комментируемый пункт Постановления посвящен тем случаям, когда должник не реализовал свое право на импутацию платежа, т.е. не указал, в счет какого однородного обязательства он производит исполнение. Соответственно, далее в комментарии наличие этого обстоятельства принимается по умолчанию, если специально не оговорено иное, равно как и то, что обязательства являются однородными.

Если дореформенное регулирование ст. 522 ГК устанавливало относительно простую систему критериев определения правил импутации исполнения – наиболее ранний срок исполнения либо одновременное наступление срока исполнения по обязательствам (темпоральный критерий), – то пореформенное регулирование, добавляя новый иной критерий и дополняя темпоральный критерий еще одной его разновидностью, усложнило систему импутации и породило некоторую неопределенность. Дело в том, что прежние критерии исключали одновременное их наличие: если сроки исполнения по обязательствам не совпадают, значит, один из них наступает раньше. Новый набор критериев, включающий наличие или отсутствие обеспечения (обеспечительный критерий)¹, приводит к возможности их наложения друг на друга. Поэтому они требуют системного и телеологического толкования, что и предпринято Пленумом.

Кроме того, надо принимать во внимание, что при импутации исполнения приходится учитывать сразу несколько факторов, причем в различном их сочетании: наличие или отсутствие обеспечения, наступление или ненаступление срока исполнения обязательства, наличие просрочки, размер произведенного исполнения, право должника на досрочное исполнение и право кредитора не принимать досрочное исполнение, реализация или отказ от реализации данного права и некоторые другие. Освоение этого конгломерата требует немалого внимания участников гражданского оборота и чревато ошибками в правильной квалификации состояния обязательственных отношений сторон.

В связи с этим нужно упомянуть, что в доктрине правила определения импутации исполнения подвергаются конструктивной критике

¹ Впервые эта методология проявилась в арбитражной практике в отношениях, связанных с поручительством. Согласно абз. 2 п. 32 Постановления № 42, если между должником и кредитором существовало несколько обязательств, одно из которых было обеспечено поручительством, а другое – нет, и должник не указал, какое из обязательств он исполняет, считается, что им исполнено необеспеченное обязательство.

на концептуальном уровне. Указывается, что значительно более простой моделью является такой подход, согласно которому если должник не выбрал, в счет какого обязательства он производит исполнение, это право надо предоставить кредитору. Эта концепция подкупает своей простотой, избавляя правопорядок от выявления каких-то презумпций, а также не требует отыскания соотношения прокредиторской и продебиторской моделей, равно как учета всех тех факторов, которые перечислены выше. Однако и у этого подхода имеются свои недостатки. Так, например, если ни должник, ни кредитор не изъявят своей воли на импутацию исполнения или она окажется неизвестной либо неясной, могут быть затронуты права третьих лиц, поскольку сложившаяся ситуация не позволяет им определить, какое обязательство прекратилось исполнением, а какое нет. Так или иначе, в российском праве принят другой подход, который необходимо приспособить к отношениям сторон для получения справедливого результата его применения.

(б) Согласно п. 2 ст. 319 ГК, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, в случаях, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, и среди таких обязательств имеются те, по которым кредитор имеет обеспечение, исполнение засчитывается в пользу обязательств, по которым **кредитор не имеет обеспечения**. Эта норма и вводит новый прокредиторский (*favor creditoris*) обеспечительный критерий. Видимо, здесь рассуждали так: коль скоро должник не позаботился о своем интересе в атрибуции исполнения, надо позаботиться об интересах кредитора. Ясно, что это регулирование основано на предположении о том, что кредитор предпочел бы удовлетворить более рискованное требование к должнику (без обеспечения), нежели более надежное (обеспеченное). Поэтому исполнение засчитывается в счет того обязательства, которое не имеет обеспечения. Также ясно, что если ни одно обязательство не обеспечено или, наоборот, все обязательства обеспечены, п. 2 ст. 319.1 ГК не находит своих оснований для применения, что следует из соотношения гипотезы и диспозиции самой нормы. Тогда применяется темпоральный критерий (п. 3 ст. 319.1 ГК).

Однако осложнение вызывает то обстоятельство, что темпоральный аспект — срок исполнения или возникновения обязательства никуда не исчезает, он не может быть вымещен наличием или отсутствием обеспечения, ибо всякое обязательство возникает в какой-то момент во времени и подлежит исполнению в тот или иной срок. Следовательно, обеспечительный критерий тем или иным образом должен соотноситься со сроком исполнения обязательства либо сроком его

возникновения: игнорировать их или, наоборот, тем или иным образом учитывать момент возникновения обязательства или срок исполнения. В самой норме это соотношение никак не учитывается, а потому создается впечатление, что момент возникновения обязательства или срок его исполнения иррелевантны для применения обеспечительного критерия.

Пленум резонно взялся за уточнение не вполне корректно сформулированной нормы п. 2 ст. 319 ГК, но и сам избрал не самый простой метод. Дело в том, что, по буквальному его разъяснению, п. 2 ст. 319 ГК подлежит применению только тогда, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил либо не наступил.

Можно предположить, что Пленум исключил применение обеспечительного критерия в тех случаях, когда среди однородных обязательств имеются два набора обязательств: 1) с наступившим сроком и 2) с ненаступившим сроком исполнения, усмотрев алогичный результат буквального применения нормы в такой ситуации при определенных обстоятельствах.

Речь идет о такой структуре обязательственных связей, сложившейся в отношениях сторон, при которой по обязательствам с наступившим сроком исполнения у кредитора не имеется обеспечения, а по обязательствам с ненаступившим сроком, наоборот, имеется. Изолированное применение обеспечительного критерия приводит к тому, что исполнение должно засчитываться по обязательствам с ненаступившим сроком исполнения, т.е. выходит, что должник произвел досрочное исполнение, хотя он к этому не обязан и своей воли на это не выражал. Более того, такое положение дел может не соответствовать также интересу самого кредитора, который вовсе не намеревался погасить досрочно свои требования к должнику, хотя бы они и не были обеспечены. Проиллюстрируем это на примере. Предположим, имеются два процентных заемных обязательства, первое из которых обеспечено, а срок его исполнения наступил вчера, второе же обязательство, возникшее вчера, не обеспечено, а срок его исполнения наступает через год. Буквальное применение п. 2 ст. 319.1 ГК означало бы, что погашается сначала долг по второму обязательству, поскольку оно не обеспечено.

Есть основания полагать, что данный аномальный итог не соответствует цели законодателя.

Досрочное исполнение обязательства не может вменяться должнику против его воли, поскольку это расходится с принципом автономии воли. Всякий, исполняя свое обязательство, действует по своей воле и в своем интересе. Квалификация исполнения в качестве досрочного

допускается, если это вытекает из волеизъявления должника. Обеспечительный критерий установлен законодателем в целях предполагаемого интереса кредитора. Это предположение не должно заходить так далеко, чтобы усматривать в нем намерение в принятии досрочного исполнения, поскольку это не соответствует ст. 315 ГК. Вменение кредитору намерения принять досрочное исполнение помимо его воли также противоречит принципу гражданского права.

Учитывая данные соображения, нормативно установленный обеспечительный критерий требует телеологического толкования, чтобы его применение не расходилось с целью законодателя и принципами гражданского права. Это можно сделать, хотя для этого придется выявить и усвоить непростую методологию, применяемую Пленумом. Дело в том, что он использовал своего рода расщепленную норму (правовую позицию). К данному разъяснению следует *mutatis mutandis* добавлять разъяснение абз. 4 (последнего) комментируемого пункта. Иными словами, оно не может применяться изолированно, поскольку находится в системной взаимосвязи с другим фрагментом. Как уже отмечалось, методологическая сложность заключается в том, что из абз. 1 комментируемого пункта можно сделать вывод, что п. 2 ст. 319.1 ГК не применяется к такой ситуации, когда имеются обязательства как с наступившим сроком исполнения, так и с ненаступившим, однако из последнего абзаца данного пункта следует прямо противоположное. Таким образом, полная картина открывается правоприменителю только при их гармонизации, т.е. требуется системное восприятие разъяснения Пленума, использующего сложно структурированную расчлененную правовую позицию.

Если среди обязательств с наступившими сроками исполнения имеются как обеспеченные, так и необеспеченные, исполнение засчитывается по тем из них, по которым кредитор не имеет обеспечения. Это правило применяется и при наличии обязательств с ненаступившим сроком исполнения, причем независимо от того, имеется ли по ним обеспечение или нет, — исполнение сначала засчитывается (распределяется) по обязательствам с наступившим сроком исполнения (абз. 4 данного пункта Постановления). Если среди обязательств с ненаступившим сроком исполнения имеются обязательства как обеспеченные, так и необеспеченные, исполнение засчитывается по тем из них, по которым кредитор не имеет обеспечения с учетом правил о досрочном исполнении (ст. 315 ГК).

Еще одна детализация должна учитываться в случае, когда среди всех обязательств с ненаступившим сроком исполнения по одним

из них кредитор обязан принять досрочное исполнение, а по другим — не обязан. Ясно, что если кредитор заявляет о нежелании досрочного исполнения по соответствующему обязательству, то принятое им исполнение засчитывается в счет того обязательства, по которому он был обязан его принять. Но что, если кредитор молчаливо принимает исполнение? Должно ли приниматься в расчет, что должник, хотя и не атрибутировал свое досрочное исполнение, разумно полагался, что исполнение подлежит зачислению в отношении того обязательства, по которому кредитор обязан принять досрочное исполнение, независимо от соотношения обеспечений по обязательствам? Представляется, что здесь, руководствуясь принципом разумности, следует также исходить из того, что исполнение засчитывается в счет того обязательства, по которому кредитор был обязан принять досрочное исполнение. Воля должника на досрочное исполнение обязательства не презюмируется, а должна тем или иным образом следовать из его действий, с учетом соответствующих обстоятельств. Даже если кредитор предпочел бы погасить досрочно обязательство без обеспечения, по которому он не обязан принимать исполнение, такая атрибуция, применяемая вопреки предполагаемой воле должника, не должна допускаться.

Если среди обязательств с ненаступившим сроком исполнения имеются как обеспеченные, так и необеспеченные, применяется обеспечительный, а не темпоральный критерий в тех случаях, когда кредитор не был обязан принимать досрочное исполнение, но принял его.

(в) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум вслед за законодателем оперирует понятием **наступившего** срока исполнения. Как хорошо известно, наступивший срок исполнения совсем не означает, что должник находится в просрочке. Это характерно для множества таких обязательств, когда обязанность должника устанавливается в виде определенного периода, в течение которого он должен произвести исполнение. Таким образом, с момента наступления начала такого периода должник вправе произвести исполнение и оно не является досрочным, но он не находится в просрочке, пока данный период не истечет (окончание срока исполнения). Иными словами, состояния обязательств, по которым должник уже впал в просрочку и по которым срок исполнения наступил, но просрочки не имеется, не тождественны.

В связи с этим следует определить, каким образом должно применяться разъяснение Пленума, если по одному обязательству срок исполнения наступил, а по другому обязательству должник впал в просрочку. Сам комментируемый текст не проводит разграничения

между названными состояниями обязательств. Здесь ситуация отличается от досрочного исполнения, в отношении которого намерение не должно презюмироваться. Коль скоро должник не реализовал свое право на атрибуцию исполнения, встает вопрос, требуется ли и дальше следовать логике законодателя и отыскивать презюмируемый интерес кредитора. Речь идет о конкуренции зачисления исполнения между обязательством с наступившим сроком исполнения и обязательством с нарушенным сроком исполнения. Несмотря на всю спекулятивность самого метода презумпций, применение которого к тому же не может не приводить к упрощенному представлению об истинных намерениях сторон, можно усмотреть здесь возможную коллизию интересов. Рациональному должнику, наверное, по общему правилу предпочтительнее прекратить свою просрочку, поскольку она влечет для него негативные последствия. Если учитывать этот интерес должника, то зачисление должно осуществляться в счет просроченного обязательства. У кредитора же может быть иной интерес, особенно если разброс сроков исполнения не столь велик. Он мог бы предпочесть погасить необеспеченное обязательство с наступившим сроком, которое не просрочено.

Поскольку метод выявления презюмируемых интересов недостаточно точен, быть может, не следует распространять сферу его применения, отдав предпочтение определенности, т.е. встать на путь формальной логики. Просроченное обязательство также относится к таким обязательствам, по которым срок исполнения наступил. Отсюда выводится решение: зачисление исполнения производится в счет такого обязательства, по которому не установлено обеспечение, независимо от того, является оно просроченным или нет.

(г) Еще одно расширительное применение введенной Пленумом методологии, видимо, обоснованно сделать *mutatis mutandis* для отлагательно-обусловленных обязательств, **условие** по которым не наступило.

(д) В первом предложении абз. 2 комментируемого пункта Пленум подбирает такой пример для иллюстрации разъяснения абз. 1, который показывает корректное действие его правовой позиции из абз. 2. Действительно, если сроки **по всем** однородным обязательствам наступили и среди таких обязательств есть те, по которым кредитор имеет обеспечение, исполнение засчитывается в отношении обязательств, по которым кредитор не имеет обеспечения. Но, как было показано выше, точно такое же решение для обязательств с наступившим сроком исполнения должно быть принято, хотя бы имелись и другие обязательства с ненаступившим сроком исполнения. Просто последние

не затрагиваются исполнением, ибо досрочное исполнение не предполагается (абз. 4 данного пункта Постановления).

Приведенный пример из всех возможных ситуаций самый простой. Если же взять правовую позицию Пленума, касающуюся зачисления исполнения по обязательствам с ненаступившим сроком исполнения, особенно когда среди них имеются те, по которым кредитор обязан принять исполнение, и те, по которым он не обязан это делать, то ситуация оказывается немного сложнее (см. об этом п. «б» комментария).

(е) Примечательным является то обстоятельство, что во втором предложении абз. 2 комментируемого пункта Пленум обоснованно выводит из-под действия обеспечительного критерия неустойку. Если по обязательству предусмотрена **лишь неустойка**, импутация платежа подчиняется правилам п. 3, а не п. 2 ст. 319.1 ГК.

Историческая традиция гражданского законодательства последних десятилетий такова, что неустойка одновременно относится как к способам обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 329, ст. 330 ГК), так и к гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства¹. Однако теоретически неустойка не является способом обеспечения. К последним относятся такие установленные законом или договором юридические конструкции, согласно которым кредитор получает правовую возможность избежать конкуренции с другими кредиторами должника за счет притязания к другому лицу (личное обеспечение) либо получить преимущество перед другими кредиторами должника (вещное и, с оговорками, титульное обеспечение). Неустойка этим критериям не отвечает, представляя собой меру гражданско-правовой ответственности. Стимулирующая функция неустойки не может выступить квалификационным критерием, поскольку такая функция имеется у множества элементов обязательственного и договорного права.

Правовая природа неустойки как раз наглядно проявляется при использовании обеспечительного критерия для целей импутации исполнения. Едва ли наличие в обязательстве неустойки превращает его в более надежное (обеспеченное) так, что кредитор предпочел бы погасить другое обязательство, по которому неустойка не предусмотрена. Дело в том, что за всякое нарушение обязательства в качестве общего правила предусматривается универсальная мера ответственности — возмещение убытков, а для денежных обязательств — охранительные проценты, поэтому существенного отличия в отношении надежности

¹ См. п. 60 и сл. Постановления № 7.

исполнения установление неустойки не влечет. Должник одинаково может не уплачивать неустойку, как и не возмещать убытки или охранительные проценты, наряду с неисполнением основного обязательства и никаких дополнительных источников в имущественной массе, за счет которых кредитор мог бы преимущественно перед другими кредиторами должника удовлетворить свои притязания, ни в одном ни в другом случае он не имеет.

Тот факт, что гипотеза правовой позиции Пленума по буквальному ее значению охватывает только **ненадлежащее исполнение**, за которое установлена неустойка, едва ли означает намерение ограничить сферу действия разъяснения только таким видом нарушения. Действительно, терминологическая традиция обозначения нарушения обязательства обычно характеризуется выражением «неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства» (п. 1 ст. 393 ГК). Эта парность понятий характерна и для неустойки (п. 1 ст. 330 ГК). С некоторой натяжкой можно считать, что понятие ненадлежащего исполнения обязательства включает в себя и понятие неисполнения обязательства, имея в виду, что последнее есть крайняя степень первого. Но важнее другое. Отставив метод юриспруденции понятий и переходя к методу юриспруденции интересов, не трудно усмотреть, что оснований для дифференциации применения правовой позиции Пленума в зависимости от того, за какое именно нарушение установлена неустойка, не имеется. И в том и в другом случае презумпция наличия интереса у кредитора в импутации исполнения опровергается, если установлена лишь неустойка.

Точно так же из структурирования текста абз. 2 комментируемого пункта не следует делать каких-то содержательных выводов. Второе предложение данного абзаца начинается со стереотипного оборота «При этом...», что технически может означать распространение правовой позиции о неустойке только в отношении гипотезы, обозначенной в первом предложении, т.е. только в отношении обязательства с наступившим сроком исполнения. Но в таком понимании нет никакого смысла, к тому же первое предложение, представляя собой пример, связано с абз. 1, имеющим более широкую гипотезу. Если в каких-то обязательствах с ненаступившим сроком исполнения установлена неустойка, а в иных — нет, то обеспечительный критерий также неприменим.

Рассматриваемая правовая позиция сформулирована Пленумом буквальным образом только для неустойки, однако как теоретически, так и практически имеются основания для рассмотрения ее применимости в отношении **задатка**. Это предопределяется проявлением неустойки

природы в задатке, чем объясняется допустимость применения к задатку некоторых правил о неустойке по аналогии закона¹.

Возьмем для иллюстрации такой пример, когда продавец заключил с покупателем два договора, по одному из которых выдан задаток. Допустим, в дальнейшем покупатель впадает в просрочку, но уплачивает затем сумму, которой недостаточно для погашения обоих просроченных обязательств. Можно ли сказать, что обеспечительный критерий должен применяться в этом случае, так как презюмируемый интерес продавца состоит в предпочтительности погашения того обязательства, по которому задаток не предоставлен? По всей видимости, да, поскольку по обязательству с задатком интерес кредитора защищен лучше. Стало быть, в этой ситуации неустойка — природа задатка иррелевантна.

Однако особенность задатка в ряду всех других способов обеспечения заключается в том, что, будучи выданным, он может реализовать свою функцию как в отношении одной стороны обязательства, так и в отношении другой. Возьмем менее вероятный, но, в принципе, возможный пример. Допустим, заключено два договора поставки товара, которые предусматривают родовые обязательства поставщика поставить, скажем, гравий. По одному из договоров уплачен задаток. Поставщик впадает в просрочку, но затем поставяет гравий, объем которого недостаточен для погашения обоих просроченных обязательств. Нужно ли и здесь применять обеспечительный критерий, а темпоральный критерий отбросить? По всей видимости, нет, поскольку различие в правомочиях покупателя по этим двум обязательствам заключается в том, что при их неисполнении поставщиком по одному из них покупатель вправе потребовать двойной суммы задатка, а по другому — нет и вправе требовать только возмещения убытков. Двойная сумма задатка, на которую вправе притязать покупатель, представляет собой наполовину требование о возврате предоставленного по договору, а наполовину — штраф. Поэтому при таком положении дел правовое положение покупателя тождественно правовому положению кредитора по обязательству, по которому предусмотрена лишь неустойка. Стало быть, поставка гравия должна засчитываться в пользу того обязательства, по которому срок исполнения наступил ранее, а при бессрочных обязательствах — в счет того из них, которое возникло ранее.

¹ См. п. 8 постановления Пленума ВАС от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации». См. также постановления Президиума ВАС от 21 сентября 1999 г. № 1738/99; от 22 октября 2002 г. № 1035/02.

Если наши рассуждения верны, получается, что в одном случае разъяснение подлежит применению, а в другом – нет. Поскольку буквальным образом Пленум о задатке не трактует, комментируемый фрагмент не препятствует применению обозначенных выше подходов. Напротив, выявление мотивов Пленума, которые привели к такому его решению, говорит в пользу данного дифференцированного метода.

(ж) Законодатель, введя дополнительный прокредиторский обеспечительный критерий импутации, значительно усложнил систему погашения нескольких однородных требований. Отчасти это уже было продемонстрировано выше, но последствия такого усложнения куда разнообразнее, их еще предстоит выявлять и дальше. Однако некоторые из них лежат на поверхности. Конечно, Пленум, и так сформулировав довольно масштабные разъяснения об исполнении обязательств, не мог позволить себе дальнейшую обширную нюансировку. Не возьмемся и мы за выполнение этой задачи, однако на один момент можно вкратце обратить внимание.

Речь идет о допустимости своего рода реимпутации (переатрибуции), когда основания для применения обеспечительного критерия отпадают впоследствии или выясняется, что таких оснований не было. Что касается последнего, то ответ вроде бы лежит на поверхности. Если, скажем, обеспечение ничтожно или признано недействительным впоследствии, то с учетом ретроактивности недействительности это означает, что оснований для применения обеспечительного критерия не имелось. Следовательно, для выяснения того, какие именно обязательства прекратились исполнением, а какие остались неисполненными, следует прибегать к темпоральному критерию (п. 3 ст. 319.1 ГК).

Здесь может быть поднят вопрос, не приведет ли такой вывод к дестабилизирующему воздействию на правоотношения сторон, увеличив нежелательную энтропию. Исходить, видимо, по крайней мере по общему правилу, нужно из того, что всякая недействительность сделки неизбежно влечет увеличение неопределенности и это является общим риском всех участников оборота. Исключения, возможно, следует обнаруживать в тех случаях, когда основания недействительности зависят от упречных действий одной стороны, причем в каких-то случаях правовое значение может иметь наличие или отсутствие знания об основаниях недействительности у другой стороны. Кроме этого, нужно принимать во внимание, что вопрос о реимпутации целесообразно обсуждать тогда, когда ее применение необходимо вследствие существенного нарушения интересов соответствующей стороны.

Что касается отпадения оснований применения критерия обеспеченности, например, при расторжении обеспечительного договора, то и здесь рассуждать о реимпутации, видимо, есть смысл с учетом упречности действий той или иной стороны.

Поскольку вопрос о реимпутации является новым для нашей юриспруденции и его осмысление требует накопления эмпирики и более глубоких исследований, дальнейшая его детализация в данном комментарии не приводится.

(з) В первом предложении абз. 3 комментируемого пункта Пленум применяет ту же методологию, которая использована в абз. 1 данного пункта, стараясь гармонизировать обеспечительный и темпоральный критерии импутации исполнения. Она требует определенного уточнения.

Темпоральный критерий установлен в п. 3 ст. 319.1 ГК. Согласно этому критерию, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, в случаях, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, преимущество имеет то обязательство, срок исполнения которого наступил или наступит раньше, либо, когда обязательство не имеет срока исполнения, то обязательство, которое возникло раньше. Если сроки исполнения обязательств наступили одновременно, исполненное засчитывается пропорционально в погашение всех однородных требований.

Пленум же опять указывает, что данные нормы применяются, когда имеются **только обеспеченные либо только необеспеченные** однородные обязательства с различными сроками исполнения. На самом деле темпоральный критерий подлежит применению независимо от того, каков набор однородных обязательств. Среди них могут быть и обеспеченные, и необеспеченные обязательства. Поэтому при наличии и тех и других обязательств необходимо определить, как применяется темпоральный критерий. Например, имеется четыре обязательства, два из которых обеспечены. По буквальному значению только данного разъяснения положения п. 3 ст. 319.1 ГК в таком случае не подлежат применению, но это неверно хотя бы уже потому, что никакого иного критерия просто нет. В таком случае темпоральный критерий применяется в отношении необеспеченных обязательств, а если произведенное исполнение должника превышает их размер, то и в отношении обеспеченных обязательств. Подставим числовые значения в приведенный пример для элементарной иллюстрации, взяв для упрощения одинаковый размер каждого обязательства в 1 млн руб. В первом случае должник осуществляет платеж в размере 1,5 млн руб.

Срок исполнения первого обеспеченного обязательства 1 февраля, срок исполнения первого необеспеченного обязательства 1 марта, срок исполнения второго обеспеченного обязательства 1 апреля и срок исполнения второго необеспеченного обязательства 1 мая. Первое обеспеченное обязательство и второе обеспеченное обязательство остаются неисполненными. Первое необеспеченное обязательство исполнено полностью, второе необеспеченное обязательство исполнено наполовину. Увеличим размер произведенного исполнения должника до 3,5 млн руб. Неисполненным наполовину остается только второе обеспеченное обязательство.

Таким образом, разъяснение Пленума следует воспринимать с учетом сделанного нами уточнения, сочетая обеспечительный и темпоральный критерии.

(и) Во втором предложении абз. 3 комментируемого пункта Пленум излагает собственно действие темпорального критерия. Он не является гомогенным, поскольку имеет три разновидности. Первая его разновидность учитывает срок исполнения обязательства, вторая — срок возникновения обязательства, а третья — совпадение соответствующих сроков.

Если все необеспеченные обязательства имеют срок исполнения, преимущество в импутации имеет то обязательство, **срок исполнения** которого наступил или наступит **ранее**. Такое же правило применяется и в том случае, если все обеспеченные обязательства имеют срок исполнения. Когда соответствующие обязательства не имеют срока исполнения, то преимущество имеет то обязательство, которое возникло раньше.

При применении к импутации первого темпорального метода (по сроку исполнения обязательства) следует учитывать случаи, когда по основаниям, предусмотренным законом или договором, кредитор потребовал досрочного исполнения. По доминирующему воззрению это влечет изменение срока исполнения, а поэтому последовавшее за этим неатрибутированное предоставление засчитывается с учетом измененного срока исполнения.

Реформа ГК привнесла в прежние правила об импутации (п. 3 ст. 522 ГК) не только новый прокредиторский критерий зачисления исполнения, но и новую разновидность темпорального критерия — **срок возникновения обязательства**. Причем с ним законодатель обошелся точно таким же образом: каково соотношение этих двух разновидностей темпоральных критериев, законом не установлено. Два случая являются относительно простыми: имеются только обязательства

с определенным сроком или только обязательства с неопределенным сроком. Здесь импутация определяется в каждой из двух групп более ранним сроком.

Но что, если имеются как обязательства с определенным сроком, так и без такового? Пленум не касается этого вопроса. Общая теоретическая презумпция о предпочтительности для должника погасить более тягостный долг в таком соотношении применяется не без труда, если не сказать, что вообще дает сбой. Скажем, если обязательство, предусматривающее срок исполнения, возникло недавно, но срок его исполнения уже наступил, а обязательство, не предусматривающее срок исполнения, возникло давно, но востребования по нему (п. 2 ст. 314 ГК) еще не было, какое из них является наиболее тягостным?

Здесь, видимо, есть основания исходить из схожей методологии, которая применялась по вопросу о досрочном исполнении. Было бы неразумным презюмировать, что при наличии обязательства с наступившим сроком исполнения и обязательства, по которому кредитор не требует исполнения, намерение должника заключается в исполнении последнего. Кроме того, это расходилось бы и с предполагаемыми ожиданиями кредитора, который может рассчитывать, что пока он не востребует исполнения или пока должник не потребует от него принятия исполнения, осуществление исполнения не ожидается. Если это верно, то исполнение зачисляется в счет обязательства с наступившим сроком исполнения. Технически несколько иная ситуация складывается со случаем, когда имеется обязательство, срок исполнения которого не наступил, и обязательство, не предусматривающее срок его исполнения. Ни то ни другое обязательство не стали перфектными, следовательно, исполнение должника окажется досрочным исполнением. Кредитор вправе не принимать досрочное исполнение, а если он его принял, то, следовательно, оно зачисляется в счет обязательства, предусматривающего срок исполнения, поскольку здесь действует то же предположение в отношении обязательства, по которому не было затребовано исполнение или принятия его исполнения.

Наличие срочных и бессрочных обязательств при импутации платежей требует еще одной нюансировки. Дело в том, что бессрочное обязательство получает свой срок исполнения посредством востребования кредитором исполнения (п. 2 ст. 314 ГК). Стало быть, после перфекции бессрочного обязательства оно может рассматриваться как срочное и оказывается возможным применить первый метод импутации исполнения, т.е. зачислить его в счет того из обязательств, по которому срок исполнения наступил ранее, а момент возникновения обязательства

не учитывать. Приведем пример. Допустим, имеется два заемных обязательства. По первому из них срок возврата займа, скажем, наступает 1 сентября. Второе обязательство бессрочное, но займодавец востребует возврат займа 15 июля. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 810 ГК сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение 30 дней со дня предъявления займодавцем требования об этом. Если должник осуществит платеж без его атрибуции, исполнение следует засчитывать в счет второго обязательства, поскольку срок исполнения по нему наступает или наступит ранее. Тот факт, что второе обязательство возникло как бессрочное, для импутации не имеет правового значения.

(к) В третьем (последнем) предложении абз. 3 комментируемого пункта Пленум указывает на, пожалуй, самой простой вид темпорального критерия – совпадение сроков исполнения, применение которого влечет **пропорциональное** распределение исполненного должником. Если по обязательствам сроки исполнения наступят одновременно, следует зачисление *pro rata*, когда кредитор принимает или обязан принять досрочное исполнение. Если сроки исполнения наступили одновременно или одновременно наступила просрочка, действует такое же правило, равно как если обязательства, не предусматривающие срок исполнения, возникли одновременно.

Несмотря на простоту этой разновидности темпорального критерия, законодатель и здесь допустил неточность, а Пленум ее не коснулся. Впрочем, этот аспект какой-то сложности не вызывает, ибо решение лежит на поверхности. Метод пропорциональной импутации должен применяться не только тогда, когда одновременно наступает срок исполнения по нескольким обязательствам, но и тогда, когда все обязательства являются бессрочными, кредитор не требует исполнения, но принимает досрочное исполнение должника. Исполнение должно засчитываться в счет того из бессрочных обязательств, которое возникло раньше, а если сроки их возникновения совпадают, то пропорционально.

Модус пропорциональности применяется тогда, когда в обязательствах одновременным является тождественный темпоральный элемент (наступление срока исполнения, просрочка, возникновение обязательства).

(л) Абзац 4 (последний) комментируемого пункта корректирует предыдущие разъяснения, сформулированные для случаев, когда имеются только обязательства, по которым срок исполнения не наступил и, наоборот, по которым он наступил.

Здесь рассматривается случай, когда имеются обязательства как с наступившим сроком, так и с ненаступившим сроком исполнения.

Из разъяснения следует, что в первую очередь исполнение распределяется среди обязательств с наступившим сроком исполнения и, надо добавить, с преимущественным зачислением между ними по старшинству сроков, а обязательства с ненаступившим сроком, соответственно, сначала не затрагиваются импутацией. К этому опять же надо добавить, что если наряду с обязательствами с наступившим сроком исполнения имеются просроченные обязательства, исполнение засчитывается сначала в счет последних (просроченных), смотря по старшинству просрочки, ввиду предполагаемого интереса должника погасить нарушенное им обязательство, нежели ненарушенное. Если размер исполненного должником превышает совокупный размер просроченных обязательств и обязательств с наступившим сроком исполнения, подлежит рассмотрению вопрос об импутации по обязательствам с ненаступившим сроком исполнения с учетом правил о досрочном исполнении (ст. 315 ГК).

В последнем абзаце Пленум оперирует неизвестным ст. 319.1 ГК понятием «**распределение исполнения**». Какого-то содержательного значения замена понятия «засчитывается» на термин «распределяется» из содержания разъяснения не усматривается. Логически также невозможно выявить такое значение. Поэтому его использование можно объяснить лексическими предпочтениями разработчиков текста. Хотя понятие «распределение исполнения» лучше отражает сам логический процесс, в том смысле, когда с использованием любого критерия импутации погашается не одно обязательство, а несколько. Здесь, действительно, можно усмотреть распределение полученного, например денежных средств, последовательно среди одной или нескольких групп обязательств либо среди одной группы — пропорционально.

41. По смыслу пункта 3 статьи 199 ГК РФ в случае, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, и среди них имеются требования кредитора, по которым истек срок исковой давности, исполненное засчитывается в пользу требований, по которым срок исковой давности не истек, в порядке, установленном пунктами 2 и 3 статьи 319.1 ГК РФ.

(а) После длительной дискуссии прежних времен в российском праве о влиянии истечения исковой давности на материальное право (требование) кредитора доминирующее воззрение склонилось к тому взгляду, что указанное обстоятельство не влечет прекращения самого требования. Последнее лишь переходит в категорию требований по натуральным

обязательствам, судебная защита которых ослаблена наличием эксцепции у должника (*exceptio temporis*). Поэтому должник может осуществить исполнение и по задавшему требованию. Для кредитора полученное исполнение в таком случае не будет являться неосновательным обогащением, причем даже в том случае, если должник в момент исполнения не знал об истечении исковой давности (п. 1 ст. 206 ГК).

Если должник в соответствии с п. 1 ст. 319.1 ГК при исполнении или без промедления после исполнения указывает на обязательство, по которому исковая давность пропущена, никакой проблемы не возникает. Исполнение засчитывается в счет этого обязательства, а заданное требование кредитора погашается этим исполнением.

Но что, если должник не указывает, в счет какого из однородных обязательств осуществляет исполнение, а среди них есть также и такие, требования по которым поражены исковой давностью? Обратившись к закону, мы не найдем ответ на этот вопрос. Видимо, формулируя правила об импутации исполнения, законодатель посчитал, что ответ на него настолько интуитивно понятен, что позитивные установления на этот счет просто излишни. Но формально-юридически в законе содержится пробел.

(б) Плениум восполняет пробел закона, извлекая соответствующую правовую позицию **из смысла** п. 3 ст. 199 ГК. Согласно данной норме односторонние действия, направленные на осуществление права (зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т.п.), срок исковой давности для защиты которого истек, не допускаются.

Плениум не выражается в том смысле, что его суждение соответствует названной норме. Действительно, буквально ее применение к импутации исполнения не имеет оснований, почему и потребовалось обнаруживать в ней неявные смыслы. Дело в том, что п. 3 ст. 199 ГК трактует об односторонних **действиях**, тогда как п. 2 и 3 ст. 319.1 ГК оперируют понятием «зачисление исполнения». Последнее осуществляется не вследствие действия лица, а вследствие **действия правопроявления**. Однако и в том и в другом случае мы имеем дело с очевидной защитой законного интереса должника. Одностороннее осуществление заданного требования лишало бы должника правовой возможности защищать свой интерес с помощью *exceptio temporis*. Точно так же и зачисление исполнения в счет удовлетворения заданного требования приводит к тому же результату.

Поэтому требуется установить, что в случае наличия заданных и незаданных требований осуществленное должником исполнение

засчитывается **в счет незадавненных требований** по правилам п. 2 и 3 ст. 319.1 ГК, что и сделано Пленумом. Данное разъяснение является ярким примером реализации правотворческой функции высшей судебной инстанции по заполнению пробелов закона. Справедливость и системность сформулированной Пленумом правовой позиции не вызывает никаких сомнений.

Вопрос о недопустимости импутации в счет задавненного требования может возникать в различных обстоятельствах. На практике, например, такие случаи выявляются при оплате жилищно-коммунальных услуг или оплате за пользование помещением, когда наниматель (собственник) не указал, в счет какого расчетного периода им осуществлено исполнение¹.

(в) Пленум буквальный образ не устанавливает, каким образом действуют правила об импутации исполнения, если все требования кредитора к должнику являются пораженными исковой давностью. Ясно, что в такой ситуации у должника просто не может быть намерения погасить какое-либо свое обязательство, кроме натурального, ввиду отсутствия иных долгов. Поэтому, а также с учетом п. 1 ст. 206 ГК следует прийти к выводу, что в такой ситуации зачисление исполнения производится по правилам п. 2 и 3 ст. 319.1 ГК. Соответственно, одно или несколько задавненных требований, смотря по размеру исполнения, окажутся погашенными исполнением.

42. Исходя из положений статьи 308.1 ГК РФ об альтернативных обязательствах не является альтернативным обязательство, предмет которого определен, но кредитору предоставлено право выбора из нескольких предусмотренных законом способов защиты своего нарушенного права, например, в случаях, предусмотренных пунктом 1 статьи 475, пунктом 1 статьи 612, пунктом 1 статьи 723 ГК РФ.

(а) Абсолютной доминантой в ландшафте обязательственного права выступают обязательства, согласно которым должник обязан к совершению одного или нескольких однородных или разнородных действий, причем программа обязательства предусматривает, что все они должны быть совершены. Иными словами, стороны обязательства не имеют в виду, что какие-то действия будут совершены, а какие-

¹ См. абз. 4 п. 32 постановления Пленума ВС от 27 июня 2017 г. № 22 «О некоторых вопросах рассмотрения судами споров по оплате коммунальных услуг и жилого помещения, занимаемого гражданами в многоквартирном доме по договору социального найма или принадлежащего им на праве собственности».

то — не будут. Это и не удивительно, поскольку обязательство призвано удовлетворить потребность кредитора в определенном благе. Вступая в обязательство, последний предполагает получить это благо согласно условиям обязательства. Оно встроено в его экономическую программу, он рассчитывает его использовать тем или иным образом для достижения своих вполне определенных целей. Иными словами, обычным делом является предметная определенность предоставления. Поэтому легальная дефиниция обязательства трактует не просто об обязанности должника совершить действие, но оперирует термином «**определенное действие**». Стороны обязательства заранее знают, в чем именно заключается исполнение. Естественное стремление участников гражданского оборота к определенности своих обязательственных связей является таким же естественным стимулом минимизировать фактор неопределенности в отношении предмета обязательства.

Вместе с тем обязательственному праву истари известны такие разновидности обязательств, для которых характерно как раз обратное — их кауза включает фактор неопределенности. Но в то же время это обстоятельство объясняет их относительно незначительное распространение в гражданском обороте. Речь идет об **альтернативных** (от лат. *alternare* — чередоваться, меняться) и **факультативных** (от лат. *facultas* — способность, возможность) обязательствах. История российского гражданского законодательства долгое время демонстрировала маргинальный характер этих обязательств, поскольку первому (*obligatio alternativa*) было посвящено всего одно правило, а второе (*facultas alternativa*) и вовсе было неизвестно закону.

(б) Данный пункт открывает целую череду разъяснений, посвященных альтернативным и факультативным обязательствам, для которых выделяется всего семь пунктов комментируемого Постановления (п. 42–48). Интересно заметить, что столько же пунктов отведено для разъяснений в отношении одностороннего отказа от исполнения обязательства или его одностороннего изменения. Стоит ли говорить, как соотносится количество судебных споров по одному и по другому вопросу.

Трудно сказать, почему столько места отведено альтернативным и факультативным обязательствам. Может быть, у разработчиков текста имелись неизвестные нам основания ожидать взрывного роста споров по данным разновидностям обязательств, но пока этого не наблюдается. Впрочем, возможно, это объясняется тем простым обстоятельством, что своеобычность данных видов обязательств возбудила потребность в интеллектуальной самореализации отдельных составителей рассматриваемого фрагмента текста.

(в) До реформы ГК ему не было известно понятие альтернативного обязательства. Как уже упоминалось, предусматривалось лишь одно правило об исполнении такой разновидности обязательств. Должнику, обязанному передать кредитору одно или другое имущество либо совершить одно из двух или нескольких действий, принадлежит право выбора, если из закона, иных правовых актов или условий обязательства не вытекает иное (ст. 320 ГК в прежней редакции). Кажется, что этого было вполне достаточно.

Реформа привнесла не только изменение нормы об исполнении альтернативного обязательства, но и снабдила позитивное право его понятием. Альтернативным признается обязательство, по которому должник обязан совершить одно из двух или нескольких действий (воздержаться от совершения действий), выбор между которыми принадлежит должнику, если законом, иными правовыми актами или договором право выбора не предоставлено кредитору или третьему лицу (п. 1 ст. 308.1 ГК). Кроме того, законодатель установил правовое последствие совершения выбора в альтернативном обязательстве. С момента, когда должник (кредитор, третье лицо) осуществил выбор, обязательство перестает быть альтернативным (п. 2 ст. 308.1 ГК).

Формула альтернативного обязательства такова, что в обязательстве обнаруживаются два или несколько его предметов, но только одно — в исполнении (*due res, vel plures, sunt in obligatione, una autem in solutione*). Ясно, что в диспозитивной модели альтернативного обязательства кредитор оказывается в состоянии неопределенности, поскольку неизвестно, что же именно выберет должник в качестве предмета исполнения. При этом, действуя рационально, должник предпочтет предоставить то, что более выгодно ему, а не кредитору, а последнему придется смириться с этим выбором, поскольку право на выбор в альтернативном обязательстве является вторичным правом, реализация которого преобразует это обязательство в ординарное (концентрация в альтернативном обязательстве). С этого ракурса диспозитивная модель альтернативного обязательства видится как своего рода льгота для должника, ибо наличие права выбора дает ему больше возможностей учесть свой интерес за счет претерпевания (*patis*) выбора кредитором.

Таким образом, по общему правилу рассматриваемое обязательство является продебиторским альтернативным обязательством, т.е. с правом выбора у должника. Если по закону, иному правовому акту или договору право выбора принадлежит кредитору, то перед нами прокредиторское альтернативное обязательство, а обязательство с правом выбора у третьего лица можно именовать как медианное альтернативное

обязательство. В российской терминологической традиции никаких названий эти три вида альтернативных обязательств не получили.

Несмотря на то, что законодательная модель описывает альтернативное обязательство через осуществление выбора тем или иным лицом, оно может быть сконструировано его сторонами, иным правовым актом или законом таким образом, чтобы концентрация наступала вследствие наступления определенного обстоятельства. Хотя такая разновидность обязательств не наблюдается в массовой практике, теоретически она возможна и при определенных условиях может оказаться востребованной. Поэтому сформулированные разъяснения, да и сам закон, должны применяться к таким случаям с соответствующими адаптациями.

(г) В комментируемом пункте Пленум обращается к негативному методу, давая разъяснение не об альтернативном обязательстве, а о таком юридическом феномене, который к этим обязательствам не относится.

Как известно, обязательственное отношение в его практической эволюции может обнаруживать две стадии или два состояния: регулятивное отношение и охранительное отношение. На правоохранительной стадии отношения, т.е. после нарушения должником обязательства, права кредитора определяются не только условиями обязательства, но и предусмотренными законом способами защиты нарушенного права. Правопорядок, стремясь к наиболее полной защите нарушенного права, нередко предоставляет кредитору не один, а несколько способов защиты нарушенного права (таковы примеры, приведенные Пленумом), из которых он сам может выбрать наиболее отвечающий его интересу. Таким образом, у кредитора имеется альтернатива в выборе того или иного способа защиты, от чего зависит тот или иной модус действия должника, к которому он будет обязан. Означает ли это, что при инвариантности способов защиты нарушенного права кредитора обязательство преобразуется в альтернативное обязательство с правом выбора у кредитора?

Пленум дает отрицательный ответ на этот вопрос, хотя и не указывает, что из этого следует. В доктрине альтернативное обязательство часто характеризуют как обязательство с неопределенным, но определенным предметом обязательства. В разъяснении утверждается, что из положений ст. 308.1 ГК следует, что не является альтернативным такое обязательство, **предмет которого определен**, а появление у кредитора выбора из нескольких способов защиты, получается, ничего не меняет. Надо сказать, что это обоснование на самом деле ничего не обосновывает. Тот факт, что изначально обязательство возникло как безальтернативное, т.е. с единственным предметом исполнения, не означает, что в дальнейшем по тем или иным основаниям, преду-

смотренным договором или законом, отношение сторон не может оказаться альтернативным. Поэтому для отрицания за альтернативными способами защиты характера альтернативного обязательства необходимо привести доказательства того, что обязанности должника, корреспондирующие основанным на соответствующих способах защиты требования кредитора, не являются альтернативными. Если у кредитора имеются такие способы защиты, которые позволяют требовать от должника совершения различных по своему содержанию действий, то сложно говорить, что предмет обязательства определен. Определенным было регулятивное ординарное обязательство, а охранительное обязательство до выбора кредитора как раз еще не определено.

Невозможно отрицать появление эффекта альтернативности в отношениях сторон после нарушения соответствующих обязательств. К какому действию будет обязан должник — неизвестно. В данном аспекте это состояние ничем не отличается от альтернативного обязательства — предмет того, к чему обязан должник, не определен, но определим, как только кредитор выберет способ защиты. Наличие же права выбора не у должника, а у кредитора не может отрицать альтернативного характера обязательства, поскольку инверсия выбора предусмотрена самой законодательной моделью такого обязательства. Таким образом, ограничение альтернативы в способах защиты от альтернативных обязательств опирается не на то, что предмет изначального обязательства был определенным, а совсем на другое обоснование. Стало быть, логическое обоснование Пленума непригодно для сделанного вывода, хотя сам вывод является верным.

В альтернативном обязательстве есть три краеугольных камня: 1) несколько действий, к совершению одного из которых может быть обязан должник, 2) право выбора и 3) последствие выбора. Наличие нескольких действий представляет собой само существо законодательной конструкции. Без права выбора обязательственная связь не может покинуть сферу неопределенности и привести к достижению цели обязательства. Иными словами, право выбора есть средство устранения неопределенности. С этим тесно связан и третий элемент *conditio sine qua non* альтернативного обязательства. Реализация права выбора прекращает неопределенность. Прекращение альтернативности есть промежуточная цель альтернативного обязательства — оно становится определенным и развивается далее ординарным порядком, т.е. стремится к удовлетворению потребности кредитора, в чем и заключается цель всякого обязательства. Отсюда следует, что альтернативным является обязательство, которое отвечает этим трем названным условиям. Из совокупности

данных условий следует, что в альтернативном обязательстве не может наблюдаться такой исход, когда должник по выбору кредитора сначала будет обязан к совершению одного действия, а затем другого.

Теперь можно определить, отвечает ли отношение, предусматривающее альтернативу в способах защиты нарушенного права, названным условиям.

Возьмем для иллюстрации один из примеров, который приводит Пленум. Согласно п. 1 ст. 475 ГК покупатель (кредитор) при соответствующем нарушении обязательства должником (продавцом) вправе по своему выбору потребовать от продавца: 1) соразмерного уменьшения покупной цены; 2) безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок; 3) возмещения своих расходов на устранение недостатков товара.

Наличие нескольких действий налицо, поскольку должник может быть обязан совершить эти действия. Наличие права выбора также невозможно отрицать, поскольку кредитор выбирает, что именно потребовать от должника. Остается третий элемент — прекращение альтернативности выбором (концентрация). Он и вызывает девиацию модели альтернативных способов защиты от альтернативного обязательства.

Дело в том, что в альтернативном обязательстве при окончательной реализации секундарного права на выбор наступает преобразовательный эффект и оно перестает быть альтернативным. Управомоченное лицо не вправе вернуться к прежним альтернативам и выбрать что-то другое. Но с альтернативными способами защиты дело не всегда обстоит таким образом. Например, покупатель вправе сначала потребовать безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок, а если должник с этим не справится, то он также вправе потребовать уменьшения покупной цены или возмещения своих расходов на устранение недостатков товара¹. Реализация секундарного права влечет преобразовательный эффект — обязательство становится ordinary и по односторонней воле управомоченного лица уже не может опять стать альтернативным. При альтернативных способах защиты альтернативность в случае использования одного способа защиты, смотря по его характеру, может сохраняться. В этом, а вовсе не в определенности предмета обязательства, состоит обоснование сделанного Пленумом суждения. Получается, что, базируясь на ложной посылке, разъяснение тем не менее приходит к верному выводу.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 8 ноября 2017 г. № 305-ЭС17-9184.

(д) Обращаясь к практической стороне вопроса, надо заметить, что не вполне понятно, какие мотивы лежали в обнаружении необходимости такого разъяснения. Каких-то заметных ошибок в судебной практике, связанных с распространением на альтернативные способы защиты правил об альтернативных обязательствах, не наблюдается. К тому же, приведя абстрактное суждение, Пленум не сформулировал, что из него следует. Создается впечатление, что мотивом его разработки послужило указание в учебной литературе на п. 1 ст. 475 ГК в качестве примера альтернативного обязательства с правом выбора у кредитора. Если это и было целью разъяснения, то, надо признать, она достигнута – учебная литература последовала за Пленумом.

(е) В комментируемом пункте Пленум опять оперирует понятием **предмета обязательства**, которое требуется воспринимать не нормативным образом (как оно используется в ГК), а более широко (подробнее см. п. «г» комментария к п. 1 Постановления). Судя по всему, Пленум не делает различия между понятиями «предмет обязательства» и «предмет исполнения обязательства», что можно усмотреть в п. 45 Постановления.

(ж) Обозначив один случай мнимой альтернативности, Пленум не коснулся других случаев. Между тем их необходимо учитывать и также ограничивать от собственно альтернативного обязательства. Так, например, если должник по обязательству обязан передать некоторое количество из ограниченного рода товаров (*genus limitatum*), то такое обязательство не является альтернативным. Это имеет значение для использования критерия среднего качества родового предоставления.

43. По смыслу статьи 308.1 ГК РФ при выборе управомоченным лицом одной из альтернативных обязанностей обязательство перестает быть альтернативным и считается, что оно состояло из выбранного действия (воздержания от действия) с момента его возникновения. Например, если выбор осуществлен в пользу заемного обязательства, то проценты за пользование денежными средствами начисляются не с момента выбора, а с того момента, как он был бы определен, если бы обязательство изначально являлось заемным (пункт 1 статьи 809 ГК РФ). После осуществления выбора управомоченное лицо не вправе в одностороннем порядке его отозвать (пункт 2 статьи 308.1 ГК РФ).

(а) Как уже указывалось, право выбора (*jus variandi*) в альтернативном обязательстве является секундарным (преобразовательным) правом. Для секундарных прав характерна иррелевантность воли другой

стороны в правоотношении. Последняя просто претерпевает (*pati*) изменение в обязательстве (концентрацию). Поэтому они реализуются односторонней волей управомоченной стороны или третьего лица, для чего пригоден институт односторонних сделок. Сделка влечет в данном случае преобразовательный эффект в обязательственном отношении — альтернативное обязательство перестает быть альтернативным и оказывается ординарным, обязательство концентрируется на одном действии. Обычно сделки, в том числе преобразовательные, влекут изменение отношений на будущее. Оно и понятно, поскольку люди не способны изменять свое прошлое. Однако юристы уже давно освоили такую способность, которая может приводить к изменению правовой реальности в прошлом. Речь идет об обратном действии сделки (ретроактивности, ретроспективности). **Ретроактивность** известна различным областям гражданского права (например, недействительность сделок, зачет, наследование).

Историческая традиция российского позитивного права такова, что ретроактивность последствий выбора в альтернативном обязательстве ему никогда не была известна, хотя и обсуждалась в доктрине, а также она знакома некоторым правовым порядкам континентального европейского права. В судебной практике также феномен ретроактивности в этой области не наблюдался. Теперь, усилиями Пленума, и российским юристам придется познакомиться с ретроспективностью последствий выбора в альтернативном обязательстве.

(б) В первом предложении комментируемого пункта Пленум начинает с того, что из смысла ст. 308.1 ГК выводит суждение, согласно которому **при выборе** управомоченным лицом одной из альтернативных обязанностей обязательство **перестает быть альтернативным**. В п. 2 ст. 308.1 ГК недвусмысленно установлено, что с момента, когда должник (кредитор, третье лицо) осуществил выбор, обязательство перестает быть альтернативным.

Дальнейшее суждение добавляет самое важное: считается, что обязательство состояло из выбранного действия (воздержания от действия) **с момента его возникновения**. Тем самым и вводится ретроспективность действия выбора в альтернативном обязательстве. Получается, что в контексте прекращения альтернативности норма трактует о моменте выбора, а Пленум о моменте возникновения обязательства. Выходит, мы имеем дело с толкованием закона по методу *contra legem*, а его содержание, вопреки буквальному значению, определяется его смыслом.

Норма о ретроактивности выбора с неизбежностью формулируется как юридическая фикция, а потому Пленум использует соответствующую

щую характерную для фикций терминологию — **считается**, что обязательство с момента возникновения состояло из выбранного действия.

В некоторых случаях ретроактивность выбора позволяет лучше обосновать такое решение, которое требуется для защиты нарушенных прав. Например, должник, обязанный по альтернативному обязательству передать кредитору товар или оплатить полученное встречное предоставление, впадает в просрочку, после чего осуществляется выбор в пользу денежного обязательства. Если выбор в альтернативном обязательстве имеет перспективный характер, то охранительные проценты (ст. 395 ГК) кредитор вправе требовать не с момента просрочки, а только с момента выбора. Ясно, что при ретроспективном характере выбора обоснованный интерес кредитора защищается лучше — он вправе требовать уплаты названных процентов с момента просрочки, что соответствует общему правилу. Вместе с тем из арбитражной практики видно, что то же самое решение было принято без использования метода ретроспективности¹.

(в) Во втором предложении Пленум приводит пример одного из последствий ретроактивности *jus variandi*. Если выбор осуществлен в пользу заемного обязательства, то обязанность уплачивать проценты за пользование займом определяется не моментом выбора, а по правилам о займе, как если бы обязательство **изначально являлось заемным**. При этом Пленум, соответственно, ссылается на п. 1 ст. 809 ГК, согласно которому по общему правилу займодавец имеет право на получение с заемщика процентов за пользование займом. Из существа законодательной конструкции и систематического толкования норм о займе следует, что проценты подлежат уплате с момента получения суммы займа, если иное не предусмотрено договором.

Это разъяснение может быть воспринято в том смысле, что если альтернативность состоит в денежном и каком-то ином обязательстве, то выбор денежного обязательства влечет обязанность уплачивать проценты с момента возникновения обязательства. Надо сказать, что для должника такое решение может оказаться достаточно неожиданным, а в некоторых случаях расходящимся с экономическим соотношением предоставлений сторон.

Проиллюстрируем действие рассматриваемого разъяснения на примере, для чего приспособим казус из практики арбитражных судов. Допустим, кредитор по альтернативному обязательству передал контрагенту запасные части к автомобилю, а последний обязался по своему

¹ См. п. 17 Информационного письма № 69.

выбору передать автобензин в соответствующем количестве или оплатить стоимость полученных запчастей в период, предусмотренный договором. Коль скоро встречное предоставление за полученный товар, согласно условиям договора, подлежит передаче через определенный период времени, отношения подпадают под гипотезу п. 1 ст. 823 ГК о коммерческом кредите.

Как известно, первоначально судебная практика истолковывала эту норму по модели имплицитного коммерческого кредита. Проценты за пользование коммерческим кредитом подлежат уплате с момента, определенного законом или договором. Если законом или договором этот момент не определен, следует исходить из того, что такая обязанность возникает с момента получения товаров, работ или услуг (при отсрочке платежа) или с момента предоставления денежных средств (при авансе или предварительной оплате) и прекращается при исполнении стороной, получившей кредит, своих обязательств либо при возврате полученного в качестве коммерческого кредита, если иное не предусмотрено законом или договором¹. Получается, что всякий темпоральный разрыв синаллагматического обязательства, когда между встречными предоставлениями имеется некоторый промежуток во времени, порождает обязанность уплачивать проценты, даже если в договоре это не предусмотрено.

Но такой подход противоречит экономической логике. Дело в том, что лицо, обязанное первым передать исполнение, не может не понимать, что оно, согласно условиям обязательства, в свою очередь получит встречное предоставление только через определенный период времени. Плата за ожидание встречного предоставления экономически уже включена в цену. Навязывать заемные отношения сторонам, когда они не выразили на них свою волю, означало бы вступить в противоречие с принципом автономии воли.

Поэтому доминирующая судебная практика и отдельные подходы самого ВС² преимущественно демонстрируют восприятие эксплицитной теории коммерческого кредита. Она заключается в том, что обнаружение обязанности уплачивать проценты по денежному обязательству может иметь место только тогда, когда стороны тем или иным образом выразили на это свою волю. Например, они могут буквально обозначить, что обязательство уплатить соответствующую денежную сумму является коммерческим кредитом или заемным, либо предусмотреть уплату процентов с указанием или без указания их раз-

¹ См. абз. 4 п. 12 Постановления № 13/14.

² См.: Определение СКЭС ВС от 19 декабря 2017 г. № 306-ЭС17-16139.

мера. Во всех других случаях коммерческий кредит не презюмируется и у должника по денежному обязательству обязанность уплачивать проценты отсутствует. Это соответствует повсеместной практике, например, по договорам о предварительной оплате товара или, наоборот, об их предварительной поставке с последующей оплатой.

Однако принятая редакция рассматриваемого разъяснения опять ставит на повестку дня вопрос имплицитной теории коммерческого кредита. Все упирается в слова «**если выбор осуществлен в пользу заемного обязательства**». Представляется, что их восприятие должно исходить из эксплицитной теории. Это означает, что Пленум имел в виду, что в условиях альтернативного обязательства в отношении денежного обязательства предусматривается обязанность уплачивать проценты или иным образом обозначается заемная кауза. В таком случае если соглашением не предусмотрено иное, проценты подлежат начислению не с момента выбора этого обязательства, а с момента получения должником по денежному обязательству соответствующего предоставления от своего контрагента.

Учитывая некоторую неопределенность по рассматриваемому вопросу, сторонам альтернативного обязательства, включающего в качестве одного из действий должника денежное предоставление, желательно урегулировать в соглашении вопрос о процентах по такому обязательству. Если в намерение сторон не входит их уплата, это можно сделать различным образом, например, установить, что проценты по денежному обязательству не уплачиваются, или включить негативную квалификационную оговорку, предусмотрев, что денежное обязательство не является коммерческим кредитом.

(г) Включив новую норму в позитивное право, Пленум не озабочен обозначить, является ли она императивной или диспозитивной. Хочется надеяться, что это объясняется очевидностью характера этой нормы — она **диспозитивна**.

Не имеется никаких политико-правовых или юридико-технических причин истолковывать ее как императивную и навязывать обязанность уплачивать проценты помимо воли сторон. Даже приведенное выше разъяснение, базирующееся на имплицитной теории коммерческого кредита, делает оговорку, что она применяется, а проценты уплачиваются, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства¹. Это, впрочем, буквально установлено в п. 2

¹ См. п. 12 Постановления № 13/14.

ст. 823 ГК, из чего следует, что отношения могут не иметь заемный характер и, соответственно, проценты не начисляются.

Кроме того, надо полагать, что ретроактивность может исключать в силу существа самого обязательства. Например, предположим, что одно из задолженных действий представляет собой обязанность прекратить совершение определенных действий. Если должник выбирает эту альтернативу, то применение ретроспективности к его выбору означает, что он оказывается нарушителем, что с очевидностью не могло входить в намерения сторон, даже если это не обозначено в их соглашении.

(д) Как уже отмечалось, суждение о необходимости уплаты процентов приводится Пленумом лишь в качестве одного из последствий ретроактивности выбора в альтернативном обязательстве. Едва ли и мы возьмемся выявить и проанализировать остальные последствия. Эта задача осложняется еще и тем, что в силу новизны данного феномена в российском праве для исследования пока не достает эмпирики. Тем не менее еще на один нюанс можно указать.

Выбор в альтернативном обязательстве определяет то действие, которое станет предметом исполнения. Если альтернатива такова, что предмет обязательства не влияет на каузу сделки, ситуация видится более простой. Например, если должник обязан передать в собственность кредитору за плату корову или быка, то обязательство в широком смысле подпадает под один и тот же вид договора — что бы ни выбрал должник, это договор купли-продажи. Если же в зависимости от выбранного действия вид договора может различаться до осуществления выбора, перед нами феномен, известный под названием мерцающей каузы, или *obligatio incerti*. Здесь возникает состояние подвешенности уже возникшей обязательственной связи, ибо неизвестно, порой для обеих сторон, какой же договорный статут применим к их отношениям. Между тем иногда еще до наступления преобразовательного эффекта стороны вступают в некоторые взаимодействия или намерены распорядиться теми или иными уже возникшими, но еще не определившимися правами. Например, если кредитор по альтернативному обязательству осуществил свое предоставление, ясно, что в его имуществе имеется некоторая ценность в виде притязания, но какой правовой режим на нее распространяется, пока неизвестно.

Ретроактивность выбора означает, что уже совершенные действия с обратной силой подпадают под то регулирование, которое предопределяется выбранным действием. Различные виды обязательств могут в разной степени уполномочивать кредитора по этому обязательству

или, наоборот, ограничивать его в тех или иных правах. Например, уступка требования по денежному обязательству и уступка по неденежному обязательству обладают разной степенью подверженности риску их оспаривания. Следовательно, кредитору как при вступлении в альтернативное обязательство, так и после необходимо учитывать этот аспект, сообразуя условия договора и свои действия таким образом, чтобы они соответствовали закону как в случае выбора должником одного действия, так и другого.

(е) Пленум вслед за законодателем отмечает в своем разъяснении, что альтернативное обязательство может заключаться в обязанности должника **воздержаться от совершения действия**, т.е. в отрицательном обязательстве (*non facere*). То, что обязательство может заключаться в обязанности воздержаться от определенного действия, следует из его легальной дефиниции (п. 1 ст. 307 ГК). Поскольку альтернативное обязательство отвечает понятию обязательства, оно и без всякого на то указания в дефиниции могло бы принимать вид отрицательного действия.

Однако если альтернативное обязательство с позитивным содержанием является относительно редким явлением в обороте, то альтернативное негативное обязательство, как кажется, встречается еще реже. При этом теоретически такую модель нельзя исключать. Альтернативность обязательства может полностью состояться из двух или нескольких негативных обязанностей, но можно сконструировать его как сочетание позитивного и негативного действия. Например, в корпоративных соглашениях можно обнаружить соответствующие примеры, когда их участник принимает на себя обязательство не совершать того или иного корпоративного акта либо, скажем, приобрести доли или акции хозяйственного общества.

Негативное альтернативное обязательство может порождать некоторую неопределенность в концентрации, поскольку при наступлении срока исполнения обязательства бездействие должника может не проявлять его воли на выбор. Например, если альтернативность состоит в негативном и позитивном действии, то при наступлении срока исполнения бездействие должника может представляться как его выбор в пользу исполнения негативной обязанности. Однако если спустя какое-то время должник приступит к совершению позитивного действия, то выяснится, что никакой концентрации в пользу негативного действия ранее на самом деле не состоялось, а имеет место просрочка должника. Еще сложнее обстоит дело в том случае, если негативное альтернативное обязательство состоит из нескольких обязанностей *non-facere*.

Пока должник не изъявит свою волю, в том числе посредством осуществления одного из действий, концентрацию совершенно невозможно распознать. Впрочем, все эти рассуждения оказываются исключительно гипотетическими, поскольку эмпирика не дает пищи для их приложения к практике в силу тщетности наших усилий в ее обнаружении.

(ж) Как уже отмечалось, вторичное право выбора дает основание односторонней волей преобразовать альтернативное обязательство в ординарное. В дальнейшем правовая связь становится определенной, а обязательство подлежит исполнению в соответствии с его условиями.

Уполномоченное лицо, совершив выбор, как бы истративает свое вторичное право и, не имея иного вторичного права, более ничего изменить не может. Оно не вправе своей односторонней волей уничтожить последствия выбора, преобразование уже состоялось и теперь соответствующая сторона обязательства связана этим последствием, так же как и другая сторона.

Описанное положение дел в нормах закона об альтернативных обязательствах никак буквальным образом не проявляется. Пленум доносит эту идею посредством указания на то, что уполномоченное лицо не вправе в одностороннем порядке **отозвать** выбор, когда он уже был осуществлен. Несколько необычный термин (отзыв сделки), быть может, использован по аналогии с отзывом независимой гарантии (ст. 371 ГК), выдача которой также квалифицируется в качестве односторонней сделки, или по аналогии с отзывом оферты и акцепта.

Пленум считает, что такой отзыв не может быть сделан **в одностороннем порядке**. В качестве общего правила данное суждение согласуется с принципом связанности обязательства. Преобразованное обязательство не может быть односторонней волей преобразовано обратно, так же как не допускается по общему правилу одностороннее изменение обязательства (п. 1 ст. 310 ГК). Но нет никаких оснований ограничивать свободу договора по односторонней отмене или изменению последствий выбора на основании соглашения сторон. Поэтому стороны могут установить в своих отношениях иные правила, предусмотрев еще одно вторичное право, которое давало бы соответствующей стороне право отменить свой выбор или изменить его тем или иным согласованным образом. Естественно, преобразованное обязательство по соглашению сторон также может быть изменено впоследствии, причем в любом варианте, т.е. с возвратом в прежнее состояние альтернативности (реконцентрация), с изменением альтернативности или установления ординарности с иным предметом исполнения, что в соответствующих случаях будет означать новацию.

44. Законом, иным правовым актом или договором может быть предусмотрен срок, в течение которого управомоченное лицо обязано совершить выбор.

В случаях, когда такой срок не предусмотрен, управомоченный на выбор должник может совершить выбор путем исполнения одной из альтернативных обязанностей в срок, установленный для исполнения обязательства.

Если должник не сделал выбор в указанные выше сроки, управомоченным на выбор становится кредитор (пункт 1 статьи 320 ГК РФ).

(а) Как уже отмечалось, всякому альтернативному обязательству имманентно присуща неопределенность. Естественно, прежде всего речь идет о неопределенности содержательной – какое действие окажется предметом реализации *jus variandi*, неизвестно. Но поскольку все сущее происходит во времени, неопределенным оказывается и темпоральный аспект данного права. Когда управомоченное лицо осуществит выбор, также неизвестно, поскольку альтернативный характер обязательства предопределен интересом управомоченной стороны в том, чтобы в некоторый момент времени сообразовать выбор со своим интересом. Если бы обладатель права выбора знал заранее, в какой момент времени и какой именно его интерес станет актуальным, не было бы смысла прибегать к данной разновидности обязательства, удовлетворившись ординарным его видом.

Конечно, всякое *jus variandi* подвергается влиянию срока исполнения. Каждое обязательство имеет определенный или определимый срок его исполнения (ст. 314 ГК). Окончание срока исполнения разрешает тем или иным образом неопределенность с выбором, а потому отпадает и темпоральная неопределенность.

Но в целом ряде случаев сторона, претерпевающая действие секундарного права выбора, может быть заинтересована в том, чтобы в определенный момент времени узнать о содержании выбранного действия. Это особенно требуется тогда, когда данная сторона нуждается в совершении подготовительного действия в отношении исполнения. Например, если выбранное действие состоит в передаче товара, соответствующий интерес может возникать у каждой стороны обязательства. Должник зачастую нуждается в некотором времени на приискание товара или на его подготовку либо передачу и т.п. Кредитору может понадобиться время на организацию приемки товара, подыскание складских мощностей и т.п.

Поспособствовать устранению темпоральной неопределенности может установление соответствующего срока. Этот срок может быть

установлен законом или иным правовым актом, а также, что более актуально, договором. В п. 1 ст. 320 ГК упоминается о выборе, который не сделан в пределах установленного для этого срока. Последнее, однако, не означает, что для договора, из которого возникает альтернативное обязательство, срок выбора является существенным условием.

(б) Пленум предусматривает, что законом, иным правовым актом или договором может быть предусмотрен срок, в течение которого управомоченное лицо **обязано** совершить выбор. Заметим, что закон ни о какой обязанности не говорит.

Такое положение дел порождает не вполне обычный феномен, когда право объявляется обязанностью. Это, например, может создавать когнитивный диссонанс в традиционной методологии, когда неосуществление своего права придется обсуждать в категории нарушения обязанности со всеми вытекающими отсюда последствиями. Едва ли в этом есть необходимость. Но как же тогда удовлетворить действительно имеющуюся потребность в снижении степени неопределенности и учесть вполне оправданные интересы сторон?

В тех случаях, когда выбор в альтернативном обязательстве совершается при самом исполнении, ясно, что стороны просто не нуждаются в установлении какого-то срока. В тех же случаях, когда в этом есть необходимость, один из вариантов договорного решения может быть следующим. Стороны могут договориться о назначении срока секундарному праву. Этот срок должен признаваться преклюзивным, т.е. после его истечения право прекращается и возникает в лице другой стороны. Другой вариант — мультипликация права, когда оно остается у управомоченной стороны, но такое же право возникает у другой стороны и она реализует свой интерес. Но эти решения имеют тот недостаток, что в случае надлежащего исполнения обязательства (без просрочки) у стороны, не получившей заблаговременно информацию о сделанном выборе, могут возникнуть убытки. Стало быть, для этого варианта требуется, чтобы обязанность заблаговременно предоставить информацию была предусмотрена договором или выведена из принципа добросовестности, предусматривающего, в частности, предоставление необходимой информации (п. 3 ст. 307 ГК).

Еще один более радикальный вариант, но также доступный сторонам, — это прекращение обязательства истечением срока секундарного права, с отнесением на управомоченную сторону возмещения убытков другой стороне или без такового.

Но можно пойти еще дальше, усмотрев за словоупотреблением Пленума не только терминологическую, но и сущностную дивергенцию.

Когда секундарному праву выбора назначается срок, оно превращается в обязанность. Таким образом, у альтернативных обязательств появляется видовое деление на обязательства с секундарным правом и обязательства с секундарной обязанностью.

Ясно, что на разъяснения о сроке выбора Пленум был подвигнут законодателем, который упомянул в ст. 320 ГК категорию установленного для выбора срока. Историческая традиция юридического дизайна альтернативных обязательств не затрагивала реализацию секундарного права в контексте предусмотренного для него срока. Если сами стороны уславливались о тех или иных сроках, то вопрос решался *ad hoc*, т.е. применительно к конкретному договору, обстоятельствам дела, характеру сложившегося спорного отношения. Но обычно, договорившись об альтернативном обязательстве, стороны удовлетворялись тем, что имеется срок исполнения обязательства, в пределах которого и реализовывалось *jus variandi*, и никакой специальный для него срок не предусматривался. В чем действительно нуждалось наше позитивное право, так это в восприятии подхода арбитражной практики на случай просрочки исполнения альтернативного обязательства. Закон вполне мог обойтись без упоминания установленного срока для выбора, оставив детализацию своих отношений заботе самих сторон.

Как бы ни квалифицировать срок выбора в альтернативном обязательстве, сложившаяся правовая реальность такова, что альтернативные обязательства по принципу дихотомии делятся на две группы: 1) предусматривающие срок выбора и 2) не предусматривающие такой срок. Это необходимо учитывать, поскольку в зависимости от видовой принадлежности альтернативного обязательства отношения сторон могут различаться в тех или иных обстоятельствах (см., например, п. «е» комментария ниже).

Поскольку Пленум трактует о **сроке, в течение которого** требуется совершить действие, может создаваться впечатление, что названный срок устанавливается в виде периода времени. О совершении выбора в пределах установленного для этого срока также трактует и закон (ст. 320 ГК). Но, надо полагать, это лишь одна из наиболее практически востребованных возможностей определения срока. Действительно, это достаточно сбалансированная методология договорного установления срока. Управомоченная сторона имеет некоторый пригодный для нее период, в течение которого она может сформировать свой выбор со своим интересом. Другая сторона также достигает своей цели, поскольку после истечения названного периода она должна узнать о сделанном выборе.

Однако ничто не мешает сторонам определять срок в соответствии с другими методами (ст. 190 ГК, п. 1 ст. 314 ГК).

(в) Традиционной моделью альтернативного обязательства признавалось, что выбор в альтернативном обязательстве может осуществляться при исполнении, т.е., по существу, конклюдентным действием. Должник, управомоченный на выбор, осуществляет исполнение, совершая одно из альтернативных действий полностью или в части, что и свидетельствует о его выборе.

В абз. 2 комментируемого пункта Пленум как раз описывает эту ситуацию. Но он связывает ее с предыдущей правовой позицией о сроке выбора, сужая действие своего разъяснения до случая, когда названный срок не установлен. Получается, что выбор в форме исполнения обязательства осуществляется, если срок выбора не был предусмотрен законом, иным правовым актом или договором.

Это с неизбежностью влечет вопрос об обратной ситуации. Ясно, что когда управомоченный должник реализовал свое *jus variandi* в установленный срок, то последующее исполнение не имеет значения для выбора, поскольку он уже сделан. Но что, если срок был установлен, но выбор не был осуществлен? При изолированном толковании данной правовой позиции Пленума по методу *a contrario* получается, что в случаях, когда такой срок не предусмотрен, управомоченный на выбор должник **не может** совершить выбор путем исполнения одной из альтернативных обязанностей в срок, установленный для исполнения обязательства. Но такой вывод является неудовлетворительным, и Пленум вряд ли имел его в виду. Поэтому требуется расширительное применение абз. 2 комментируемого пункта. Для этого его требуется редуцировать, т.е. отбросить слова «В случаях, когда такой срок не предусмотрен...».

Допустив в абз. 1 комментируемого пункта установление, в частности, соглашением сторон обязанности осуществить выбор в альтернативном обязательстве в определенный срок, Пленум не определил всех последствий нарушения такого срока. Нарушение всякой обязанности по общему правилу влечет возникновение обязанности возместить убытки, и с этим все более или менее ясно. Но какова судьба самого исполнения обязательства при нарушенном сроке выбора? Теоретически ответ на этот вопрос должен быть дифференцирован.

Прежде всего последствия нарушения срока выбора могут быть предусмотрены законом, иным правовым актом или договором (см. п. «б» выше).

Если с учетом всех обстоятельств дела нарушение срока выбора в альтернативном обязательстве может быть квалифицировано в качестве

существенного нарушения договора, кредитор вправе требовать его расторжения или отказаться от обязательства. В таком случае он вправе не принимать исполнение от должника, даже если оно предложено в установленный договором срок исполнения обязательства.

В остальных случаях, независимо от нарушения срока, кредитор обязан принять надлежащее исполнение и требовать возмещения убытков за нарушение обязанности по своевременному выбору.

Однако, исходя из положений абз. 3, Пленум устанавливает иные последствия нарушения срока – управомоченным на выбор становится кредитор (см. п. «д» ниже), причем никакой оговорки об ином сценарии не имеется. Между тем один лишь факт появления у кредитора секундарного права на выбор не возместит кредитору убытки при их возникновении. Поэтому суждение Пленума не должно восприниматься как лишение кредитора права на возмещение убытков по общим правилам.

Еще один нюанс, требующий уточнения, связан с таким словоупотреблением Пленума, которое характеризует выбор исполнением одной из альтернативных обязанностей **в срок, установленный для исполнения** обязательства. Действительно, это соответствует программе обязательства и традиционным представлениям о модусе выбора в альтернативных обязательствах. Но в то же время такая правовая позиция не вполне точная. Дело в том, что исполнение обязательства с просрочкой или иным ненадлежащим образом все равно свидетельствует о сделанном должником выборе. Другой вопрос, что кредитор в связи с этим имеет соответствующие средства защиты. Но если кредитор примет такое исполнение, альтернативное обязательство является исполненным, а должник может быть привлечен к ответственности за ненадлежащее исполнение обязательства. В этом же аспекте требуется рассматривать выражение о выборе **путем исполнения одной из альтернативных обязанностей**. Выбор считается сделанным, даже если обязанность еще не исполнена полностью, а должник только приступил к ее исполнению или совершил иные необходимые для исполнения известные кредитору действия, свидетельствующие о его намерении исполнять обязательство совершением одного из альтернативных действий.

Еще одну особенность выбора, которая связана со сроком исполнения обязательства, не затронутую в разъяснении, можно усмотреть в случае, когда обязательство не предусматривало срока его исполнения. Дело в том, что в такой ситуации выбор может быть не только сделан совершением действий по исполнению обязательства, но и соединен с требованием должника принять исполнение при непредъявлении кре-

дитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства (п. 2 ст. 314 ГК). В этом требовании должника может содержаться указание на его выбор одного из альтернативных действий.

Поскольку в абз. 1 речь идет об установлении срока, в который соответствующее лицо обязано сделать выбор, а в абз. 2 — о выборе посредством исполнения, оказался выпавшим еще один модус действия. Управомоченное лицо вправе осуществить выбор в альтернативном обязательстве своей односторонней волей, доведя ее до сведения другой стороны. Отсутствие срока на выбор и отсутствие действий по исполнению обязательства не исключают такой возможности. Можно предположить, что Пленум не коснулся этого вопроса ввиду его ясности.

(г) Особенного внимания правопорядка требует ситуация, когда управомоченный на выбор должник, не осуществив его, впадает в просрочку. То есть речь идет не только о просрочке выбора, но и о просрочке в исполнении обязательства. Каким образом могут защищаться права кредитора?

Теоретически возможно три различных решения.

Первое заключается в том, что право выбора должника его просрочкой не колеблется. Поэтому кредитор может предъявить иск о присуждении к исполнению в натуре альтернативного обязательства. Если должник так и не осуществит выбор, на стадии исполнительного производства судебный пристав-исполнитель осуществляет выбор принудительно с учетом воли кредитора. Иными словами, должник сохраняет *jus variandi* до самого последнего момента, когда оно прекращается ввиду необходимости защиты права кредитора.

Другое решение сводится к тому, что диспозитивная модель альтернативного обязательства рассматривается как своего рода льгота должнику за счет интереса кредитора. Как только должник порочит свою исполнительность, льгота отменяется и право выбора переходит от должника к кредитору.

Третье, как представляется, более предпочтительное решение занимает в некотором смысле промежуточную позицию между двумя предыдущими. При просрочке должника в диспозитивной модели альтернативного обязательства происходит мультипликация выбора, т.е. должник сохраняет свое право выбора, но и у кредитора возникает право выбора. На первый взгляд, тут возникает нежелательная конкуренция или даже коллизия вторичных прав. Но на самом деле, напротив, такое решение является более гибким. Действительно, конкуренция возникает, но она легко разрешается по методу *prior tempore potior jure*: концентрация произойдет на основании того вторичного

права, которое первым будет осуществлено при осуществлении выбора. При таком подходе кредитор получает защиту своего интереса, он вправе произвести выбор и защищать свои нарушенные права ординарным порядком. Если же кредитор начнет манкировать своим правом, должник сможет реализовать выбор и освободиться от тяжести долга, но не от ответственности за просрочку. Иными словами, патовой ситуации, требующей какого-то решения, просто не возникнет. При бездействии каждой стороны дело разрешится давностью.

(д) До реформы ГК не было установлено регулирование последствий просрочки альтернативного обязательства. Поэтому арбитражная практика заполнила пробел, полагая, что у кредитора **возникает такое же право** выбора в защите нарушенных прав¹. Выражение в отношении защиты нарушенных прав с учетом контекста казуса означает не что иное, как концентрацию альтернативного обязательства по выбору кредитора.

Как видно, этот подход ближе к третьему решению, обоснованному в предыдущем пункте.

Реформа ГК повлекла изменение ст. 320 ГК, п. 1 которой предусматривает, что если должник по альтернативному обязательству (ст. 308.1), имеющий право выбора, не сделал выбор в пределах установленного для этого срока, в том числе путем исполнения обязательства, **кредитор по своему выбору вправе потребовать** от должника совершения соответствующего действия или воздержаться от совершения действия. При этом согласно п. 2 данной статьи, если право выбора по альтернативному обязательству (ст. 308.1) предоставлено кредитору или третьему лицу и такой кредитор или третье лицо не сделали выбор в пределах установленного для этого срока, должник **исполняет обязательство по своему выбору**.

Как видно, законодатель не дает повода для выбора между вторым и третьим решением, оставляя это на усмотрение судебной практики. Нормы не оперируют понятиями «возникновение права» или «переход права».

В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта Пленум оперирует выражением «управомоченным на выбор **становится** кредитор». Такое словоупотребление буквальным образом не предрешает, имеется ли в виду переход права от должника к кредитору (либо его прекращение в лице должника и возникновение в лице кредитора) либо наряду с должником кредитор также становится управомоченным на выбор. Если нерешительность законодателя, вольная или невольная, может

¹ См. п. 17 Информационного письма № 69.

быть оправдана тем, что судьям лучше видно, какая из моделей приемлема с учетом складывающейся практики в гражданском обороте, типичного поведения сторон и других нюансов, то индифферентность Пленума влечет риск возникновения разной практики.

Как видно, Пленум, спровоцированный законодателем, связывает появление (или переход) права на выбор у кредитора с нарушением срока выбора в альтернативном обязательстве, в том числе при нарушении срока исполнения. Это может приводить к затруднениям при исполнении нарушенного обязательства должником, если будет принята модель перехода права. Но и при мультипликации выбора могут возникать нежелательные последствия, особенно при нарушении срока выбора. Например, предположим, что должник нарушил свою обязанность осуществить выбор в срок, но отгрузил товар в адрес кредитора, полагая, что тот не утратил еще интерес в обязательстве. После этого кредитор, имея в виду рост цен на один из альтернативных товаров, осуществил выбор этого товара, а не того, который отгружен должником. Неочевидно, что просрочка должника в выборе при соблюдении сроков исполнения должна повлечь столь строгое к нему отношение. Если бы данные последствия нарушения срока выбора были предусмотрены самим соглашением, это было бы оправданно, но применять их по умолчанию не кажется таким уж бесспорным решением.

Конечно, никакого особого драматизма не случится, поскольку при любой модели можно найти подходящие решения, как бы ни складывались обстоятельства, однако сторонам альтернативных обязательств можно позаботиться о большей определенности в своих отношениях, урегулировав последствия просрочки соглашением.

(е) Можно обратить внимание еще на один нюанс, не затронутый разъяснением, который едва ли может иметь широкое применение, но и исключать соответствующие казусы не имеется оснований. Речь идет о такой разновидности проредиторского альтернативного обязательства, по которому не предусмотрен срок исполнения. Когда кредитор требует исполнения обязательства, это по общему правилу (п. 2 ст. 314 ГК) запускает течение льготного срока, после окончания которого должник впадает в просрочку. Если альтернатива в обязательстве состоит, например, в заемном характере действия и по передаче вещи, то в зависимости от сделанного выбора льготный срок может составить либо семь, либо 30 дней. Следовательно, при отсутствии выбора в такой и подобной ситуациях кредитор может с уверенностью определить состояние просрочки должника только после истечения наиболее продолжительного льготного срока. От этого, помимо прочего,

зависит и наличие *jus variandi* у кредитора. До просрочки в выборе должника кредитор не имеет права сам выбрать ту или иную обязанность в продебиторском альтернативном обязательстве.

Если же в названных обстоятельствах должник впал в просрочку в отношении выбора, то кредитору легко устранить описанную неопределенность. Он вправе реализовать собственное право выбора, осуществив концентрацию в отношении определенного действия должника, и потребовать исполнения задолженного действия, что запустит течение определенного льготного срока.

45. При отсутствии условия о сроке для осуществления выбора управомоченные на выбор кредитор или третье лицо должны осуществить выбор в разумный срок (пункт 3 статьи 307 ГК РФ, пункт 2 статьи 314 ГК РФ). Если этого не сделано, должник вправе потребовать от кредитора или третьего лица указаний на предмет исполнения обязательства, а в случае их непоступления в предусмотренный пунктом 2 статьи 314 ГК РФ срок исполнить обязательство по своему выбору. Должник, не получивший указаний от управомоченного лица на предмет исполнения обязательства, не считается просрочившим, в том числе в случае, если он не обратился к кредитору или третьему лицу за получением этих указаний после истечения срока, установленного на осуществление выбора (статьи 405, 406 ГК РФ).

(а) В данном пункте Пленум обращается к инверсированному выбору, установленному за счет диспозитивности понятия альтернативного обязательства (п. 1 ст. 308.1 ГК). Речь идет о ситуации, когда *jus variandi* предоставлено кредитору или третьему лицу, т.е. о прокредиторском и медианном альтернативных обязательствах.

Представление выбора третьему лицу — весьма редкое явление, поэтому в комментарии эта модель не рассматривается.

В первом предложении данного пункта гипотеза разъяснения Пленума охватывает тот случай, когда срок выбора не установлен, а диспозиция вменяет кредитору в обязанность осуществить выбор в **разумный срок**. Инверсированный выбор не может быть подвергнут методологии, пригодной для продебиторского альтернативного обязательства. Поэтому и потребовалось иное решение.

Всякое обязательство должно быть исполнено в определенный или определяемый срок. Введение разумного срока для выбора кредитора с неизбежностью влечет установление некоторого соотношения этого срока со сроком исполнения обязательства, однако Пленум не вдается в такие нюансы.

Если обязательство устанавливает срок для его исполнения, на первый взгляд может показаться, что должник обязан быть готов к моменту его наступления совершить любое из тех действий, которые составляют предмет альтернативного обязательства. При таком подходе кредитор мог бы заявить о своем выборе в самый последний момент, в том числе и в день исполнения. Но, судя по всему, Пленум с этим не согласен, иначе не было бы необходимости обращаться к категории разумности срока. Следовательно, речь нужно вести о заблаговременном осуществлении выбора. Смотря по характеру обязательства, принцип разумности может приводить к различной заблаговременности. Коль скоро ни закон, ни Пленум не дают ориентиров, их можно отыскать, обратившись к схожей ситуации, когда требуется устранить темпоральную неопределенность в исполнении обязательства. Для обязательства, не предусматривающего срока исполнения, закон устанавливает, что оно 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 (п. 2 ст. 314 ГК). Эту норму можно адаптировать для срока выбора кредитора в альтернативном обязательстве. Тогда получается, что по общему правилу кредитор за семь дней до наступления срока исполнения должен осуществить выбор.

Сложнее обстоит дело с обязательством, не предусматривающим срок исполнения, если кредитор соединяет выбор с востребованием исполнения. Следуя той же методологии, на первый взгляд логично определить двойной семидневный срок, т.е. 14-дневный. Первые семь дней предоставляются должнику для адаптации к состоявшейся концентрации обязательства, а вторые семь дней — для собственно подготовки к исполнению обязательства и его осуществлению. Но, наверное, эта арифметическая логика здесь неуместна. Если правопорядок исходит из того, что по общему правилу семидневного срока достаточно для исполнения по бессрочным обязательствам, то можно считать, что его достаточно и для альтернативных бессрочных обязательств. Поэтому семидневный или иной льготный срок не удваивается.

Но рассматриваемая ситуация осложняется тем обстоятельством, что судебная практика вместо законодательной модели востребования исполнения (п. 2 ст. 314 ГК) нередко обнаруживает некий разумный срок на исполнение, который закону неизвестен (подробнее см. п. «д» комментария к п. 23 Постановления). Здесь также встает вопрос о соотношении разумного срока на выбор и такого разумного

срока на исполнение в контексте их сложения. Поскольку разумность срока исполнения обязательства определяется по интуитивному представлению оборота или судьи о достаточности срока, метод простого сложения, видимо, не очень реалистичен. Разумный срок в таком случае должен определяться с учетом того, требует ли альтернативный характер обязательства увеличения разумного срока, определенного для обязательства, как если бы оно было ординарным.

В качестве нормативного обоснования суждения о разумности срока выбора кредитора в альтернативном обязательстве приводится принцип добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК), в котором категория разумности буквальным образом не фигурирует. Что касается ссылки на п. 2 ст. 314 ГК, то в этом законоположении после реформы ГК разумный срок используется в ином контексте, управомочивая должника на требование о принятии исполнения, если кредитор не востребует исполнение в разумный срок. Однако, несмотря на некоторые затруднения с нормативным обоснованием, избранный Пленумом подход является приемлемым, поскольку иного пока не просматривается. Тем не менее высокая степень неопределенности в определении разумного срока требует от участников альтернативных обязательств нивелировать ее договорными способами.

(б) Не трудно заметить, что Пленум трактует об обязанности кредитора осуществить выбор в разумный срок, поскольку говорится о его должностовании. То есть здесь опять, как с правом выбора должника (см. п. «б» комментария к п. 44 Постановления), секундарное право неведомым образом превращается в обязанность, а потому соответствующее лицо **должно осуществить выбор** в разумный срок. В такой метаморфозе нет необходимости, так как права должника в достаточной степени защищаются специальными правилами о просрочке кредитора в выборе (п. 2 ст. 320 ГК) и общими правилами о просрочке кредитора (ст. 406 ГК), на которую Пленум сам и ссылается в последнем предложении комментируемого пункта.

(в) Всякий срок в гражданском праве устанавливается, чтобы его соблюдали. Но категория просрочки, как самое распространенное нарушение, требует внимания правопорядка в неменьшей степени, чем категория самого срока.

Без концентрации альтернативное обязательство не может быть исполнено. Кредиторские действия в обязательстве не тождественны долгам или обязанностям, это юридический феномен иного рода. Коль скоро кредитор не совершает выбор, можно констатировать просрочку кредитора (*mora creditoris*), так как он не совершил действий,

предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором, до совершения которых должник не может исполнить своего обязательства (п. 1 ст. 406 ГК). Казалось бы, права должника уже защищены законом и ничего дополнительного правопорядку устанавливать нет необходимости.

Однако дела обстоят совсем иным образом. Если право выбора по альтернативному обязательству (ст. 308.1) предоставлено кредитору или третьему лицу и такой кредитор или третье лицо не сделали выбор в пределах установленного для этого срока, должник исполняет обязательство по своему выбору (п. 2 ст. 320 ГК). Как видно, законодатель устанавливает зеркальное правило для просрочки выбора кредитора и должника. Каждый из них в такой ситуации также становится управомоченным на выбор.

Но Пленум идет еще дальше в нюансировке взаимодействия сторон при просрочке в выборе кредитора. Он обнаруживает **право должника потребовать указаний на предмет исполнения** обязательства. На первый взгляд кажется, что установленная в разъяснении коммуникация вполне рациональна. И действительно, сложно было бы обосновать, почему должник не может так сделать. Другое дело, нужно ли было для этого обнаруживать некое субъективное право должника. И вопрос тут даже не в том, какое место в системе обязательственных прав занимает такое право, ибо ясно, что это не притязание и не секундарное право, а в том, какому интересу должника это право соответствует или какую его потребность оно удовлетворяет. Как видно из последующих разъяснений, для самостоятельной концентрации альтернативного обязательства по воле должника данное право не нужно и должник в просрочку не впадает. Какой-то едва уловимый интерес в определенности можно попытаться усмотреть, считая, что риск отказа в принятии исполнения уменьшится, если должник добьется выбора от кредитора. Но и тут усматривается дисфункция, поскольку данное право судебной защитой не снабжено, по крайней мере ни закон, ни Пленум этого не предусматривают, а кроме того, судебный процесс о принуждении к выбору, даже если считать этот выбор обязанностью, выглядит просто-напросто непрактичным делом. Если и обнаруживать интерес в запросе выбора у кредитора, то он скорее отыщется как раз в его лице, так как для просрочившего кредитора появляется еще одна возможность реализовать свое *jus variandi*. Но тогда надо было бы говорить не о праве должника, а о его обязанности, чего, однако, не сделано. Что же касается должника, то он скорее не заинтересован запрашивать названные указания, поскольку это влечет дальнейшую просрочку, может ввергать должника

в дополнительные убытки (например, издержки на хранение товара, простой транспорта и т.п.). Получается, что Пленум наделил должника правом, в котором он не только не нуждается, но и заинтересован не осуществлять его.

Обмен информацией, запрос информации и всякие другие акты коммуникации в динамике обязательственного отношения являются обычным делом, и далеко не всегда все они нуждаются в правовом оформлении и нормировании. Не следует считать, что всякое фактическое взаимодействие сторон в обязательстве должно иметь формализованный юридический характер. Это может привести к нежелательной юридикации всего и вся.

Что же тем не менее происходит, если должник запрашивает указание на предмет исполнения, но не получает его? Из разъяснения Пленума вытекает, что должнику следует выждать **срок, предусмотренный п. 2 ст. 314 ГК**, и затем он вправе произвести исполнение альтернативного обязательства по своему выбору. Но некоторое затруднение возникает из-за того, что в данном законоположении названо два срока — семидневный (или через отсылку — иной льготный) и разумный. Какой из них имеется в виду? Рискнем предположить, что это опять разумный срок. При этом уже кажется странным, почему не предусматривается, что и должник вправе заявить требование об указании в пределах разумного срока после истечения разумного срока на выбор. Получается какое-то нагромождение разумных сроков, особенно по бессрочным альтернативным обязательствам. Сначала при молчании кредитора истекает разумный срок для его выбора, затем должник затребует (в пределах разумного срока?) соответствующие указания у кредитора, после этого истекает разумный срок на ответ, далее должник производит исполнение по своему выбору, а для определения последствий просрочки кредитора, видимо, будет иметь значение еще один разумный срок — тот, в который исполнение должно было осуществляться, а к этому всему, наверное, нужно добавить разумный срок на принятие исполнения.

Проведенный разбор разъяснения второго предложения комментируемого пункта создает впечатление его избыточности, поскольку этот конгломерат разумности приводит к обратному эффекту — он выглядит неразумным. Остается уповать только на то, что разумность участников гражданского оборота справится со всеми этими разумными сроками и непонятными правами.

(г) В третьем (последнем) предложении комментируемого пункта Пленум устанавливает, что не получивший указание на предмет ис-

полнения должник **не считается просрочившим**. При этом даже если должник не запрашивал названных указаний, он также не считается просрочившим.

Коль скоро должник наделен правом запрашивать указания, он волен реализовывать это право или пренебречь им. Как только кредитор упустил возможность сконцентрировать обязательство своим выбором, он впадает в просрочку. Причем даже если затем кредитор в разумный срок осуществит выбор после запроса должника или по собственной инициативе, это к очистке его просрочки не приводит.

Кроме того, Пленум трактует, в частности, о должнике, который не обратился к кредитору или третьему лицу за получением этих указаний после истечения **срока, установленного** на осуществление выбора. Но должник не должен считаться просрочившим, если не обращался к кредитору и по такому обязательству, в котором срок на осуществление выбора не предусмотрен. Равно как и наоборот, кредитор в таком обязательстве считается просрочившим, если он в этом случае не осуществил выбор в разумный срок, о чем сказано в первом предложении комментируемого пункта. Иными словами, разъяснение Пленума справедливо независимо от того, установлен названный срок по условиям обязательства законом либо иным правовым актом или не установлен.

Нормативное обоснование сделанного суждения содержит ссылку не только на просрочку кредитора (ст. 406 ГК), что имеет важное значение, но и на просрочку идет об обратном — должника (ст. 405 ГК), что представляется достаточно странным, ибо речь должник не считается просрочившим. Видимо, имелся в виду п. 3 данной статьи, согласно которому должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора. Только он один в этой статье подходит для нормативного обоснования данного разъяснения.

(д) Как и в отношении *jus variandi* должника, так и в отношении права выбора кредитора ни закон, ни Пленум буквальным образом не обозначают, по какой модели урегулировано право выбора той стороны, которая изначально его не имела. Соответственно, в отношении данного пункта применимы *mutatis mutandis* комментария п. «Г» к п. 44 Постановления.

(е) Установление законом специальных последствий просрочки кредитора в выборе предмета исполнения по альтернативному обязательству (п. 2 ст. 320 ГК) ставит вопрос о соотношении этого правила с общим правилом о просрочке кредитора (ст. 406 ГК). Тот факт, что

здесь имеются основания для его применения, уже обоснован выше (см. п. «в» комментария).

Пленум лишь косвенно обозначает применимость общих правил о просрочке кредитора, ссылаясь на эту норму для обоснования отсутствия просрочки должника.

На первый взгляд, можно по принципу *lex specialis derogat generali* отдать предпочтение п. 2 ст. 320 ГК, а ст. 406 ГК не применять, имея в виду, что интерес должника достаточно защищен тем, что он сам концентрирует обязательство и осуществляет исполнение. Однако это воззрение следует отбросить как негодное. В данном случае между специальным правилом и общим правилом нет коллизии; специальное правило лишь дополняет общее, поскольку альтернативный характер обязательства открывает такую техническую возможность (другое дело, насколько она оправдана, что будет рассмотрено ниже).

Получается, что должник при просрочке кредитора в концентрации обязательства обладает всеми правовыми возможностями и юридическими состояниями, предусмотренными ст. 406 ГК: он вправе требовать возмещения убытков от кредитора, не обязан к уплате процентов по денежному обязательству и сам не находится в просрочке. Кроме того, с учетом целесообразного расширительного толкования ст. 406 ГК должник обладает правом отказаться от исполнения обязательства, что было обосновано выше (см. п. «в» комментария к п. 18 Постановления). Но согласно специальному правилу п. 2 ст. 320 ГК должник вправе воспользоваться другой опцией и произвести исполнение кредитору по своему выбору. При этом *mora creditoris* не очищается, он отвечает перед должником за причиненные просрочкой убытки, однако в данной ситуации должник не вправе отказаться от исполнения обязательства, поскольку это с очевидностью несовместимо с его действием по его исполнению.

(ж) Как было упомянуто, можно возбудить сомнения в законном решении о предоставлении выбора должнику в случае просрочки кредитора. Конечно, причины просрочки в концентрации могут быть самыми разными, но если кредитор действует рационально и не осуществляет выбора в альтернативном обязательстве, за пределами каких-то особых случаев это означает, что он утратил интерес в предоставлении по обязательству, которое его потребностей уже не удовлетворяет. Ясно, что кредитор в силу связанности обязательством не вправе произвольно отказаться от него, но означает ли это, что он может быть принужден к принятию исполнения? Этот вопрос уже затрагивался выше (см. п. «г» комментария к п. 24 Постановления),

и он имеет более общий характер, нежели исполнение альтернативного обязательства в отсутствие выбора кредитора при его концентрации должником. Поэтому данная тема не будет здесь дальше развиваться.

Можно было бы попытаться обосновать наделение должника правом на концентрацию альтернативного обязательства для целей определения размера его убытков. Если должник вследствие существенной просрочки кредитора отказывается от обязательства и совершает замещающую сделку или обращается к методу определения абстрактных убытков, требуется провести сравнение с соответствующими ценами, а для сравнения нужна определенность в отношении предмета исполнения. Однако это обоснование страдает схоластичностью. Коль скоро законодатель наделяет должника *jus variandi*, то нет никакой необходимости требовать от него неперменной реализации этого права, чтобы защищать свой интерес требованием о возмещении убытков. Есть все основания предоставить должнику правовую возможность определять размер убытков, с каким бы альтернативным объектом он ни заключил замещающую сделку; равным образом он вправе определять их размер абстрактным методом, сравнивая цены с любым из альтернативных предоставлений по своему выбору. Правопорядок не должен принуждать должника к концентрации при просрочке кредитора, чтобы реализовать свое право требовать возмещения убытков от впавшего в просрочку кредитора, поскольку в этом нет никакого практического смысла.

46. В случае, когда до осуществления выбора уполномоченным лицом исполнение одного из альтернативных действий стало объективно невозможным по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, кредитор вправе требовать от должника оставшегося возможным исполнения.

Если исполнение одного из двух действий стало невозможным по обстоятельствам, за которые отвечает должник, и ему принадлежало право выбора, кредитор вправе требовать оставшегося возможным исполнения. Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе по своему усмотрению требовать либо возмещения убытков, причиненных невозможностью исполнения этого действия, либо оставшегося возможным исполнения другого действия.

Если невозможность исполнения одного из действий наступила по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, и право выбора принадлежало должнику, последний освобождается от исполнения обязательства

(статья 416 ГК РФ). Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе потребовать исполнения оставшейся обязанности так, как если бы он сделал такой выбор.

(а) Как уже отмечалось, в силу имманентно присущей альтернативному обязательству неопределенностью оно является относительно редким явлением, а если оно соединяется еще и с наступившей невозможностью исполнения, то этот тандем смело можно отнести к юридическим редкостям. Видимо, поэтому истории российского позитивного права никогда не были известны правила особенностей наступления невозможности исполнения для альтернативных обязательств. Этот вопрос рассматривался в научной и учебной литературе, а также при разрешении отдельных немногочисленных дел в судах и, кажется, этого было достаточно. Но теперь, благодаря усилиям Пленума, соответствующее регулирование включено в систему позитивного права и даже успело найти, пусть и единичное, применение в судах.

В случае если невозможность исполнения одинаково поразила все действия, предусмотренные альтернативным обязательством, то отношения сторон не обнаруживают никаких особенностей и к ним применяется ст. 416, 417 ГК в их истолковании судебной практикой¹. Равным образом рассматривается ситуация, при которой невозможность исполнения наступила после концентрации альтернативного обязательства. Поэтому Пленум их не касается и в комментарии эти случаи не затрагиваются.

Если невозможность исполнения охватила одно или несколько, но не все альтернативные действия, то на первый взгляд и здесь не имеется никаких особенностей, поскольку и так ясно, что подлежит исполнению одно из оставшихся возможным к исполнению обязательств. Например, если альтернативное обязательство заключалось в обязанности передать индивидуально-определенную вещь или уплатить деньги и указанная вещь погибает, обязательство становится ordinary, а должник обязан к платежу.

На самом деле не все так просто. Правопорядок требует учитывать ряд аспектов, а именно — отвечают ли стороны за обстоятельства, повлекшие невозможность исполнения, и кто именно, а также кому принадлежит *jus variandi*. Различное соотношение указанных параметров дает различные решения, которые и описываются Пленумом в разъяснении. На самом деле есть и другие факторы, которые сле-

¹ См. п. 36–40 Постановления № 6.

дует принимать во внимание, на что будет указано ниже (см. п. «д» комментария).

(б) Разъяснение абз. 1 обращается к самому простому случаю. Речь идет о ситуации, при которой ни одна из сторон не отвечает за наступившую невозможность исполнения. Пленум определяет, что **кредитор вправе требовать от должника оставшегося возможным исполнения**. Это суждение верно, если речь идет о бинарном альтернативном обязательстве, т.е. состоящем только из двух альтернативных действий. Следовательно, мультиальтернативность обязательства требует расширительного применения данной правовой позиции – исполнению подлежит то действие из оставшихся, которое будет выбрано.

Кроме того, приведенное словоупотребление Пленума нужно уточнить, чтобы оно не создавало впечатление, что сам факт наступления невозможности исполнения одного из действий в бинарном альтернативном обязательстве влечет перфекцию требования в отношении оставшегося действия. Это не имелось в виду, поскольку обязательство подлежит исполнению в соответствии с его условиями. Если, скажем, срок исполнения обязательства не наступил, то кредитор не вправе требовать исполнения. Невозможность исполнения одного действия не влечет обязанности по досрочному исполнению другого действия, если иное не предусмотрено законом, иным правовым актом или соглашением сторон. В таком случае наступает концентрация бинарного альтернативного обязательства в силу закона.

Кроме того, выражение Пленума, согласно которому **кредитор вправе требовать** оставшегося возможным исполнения, не означает, что он может и не требовать этого, т.е. освободиться от обязательства. Напротив, сконцентрированное обязательство продолжает связывать стороны со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Необходимо обратить внимание на один терминологический аспект в комментируемой правовой позиции. Если закон оперирует понятием «невозможность исполнения», то Пленум использует понятие **объективной** невозможности исполнения. Это понятие было введено ранее в другом постановлении, посвященном ответственности по обязательствам¹. В дальнейшем понятие объективной невозможности исполнения получило свое развитие и приняло вид **неустранимой (постоянной) объективной невозможности**². Поскольку данная терминологическая эволюция в большей степени относится к невозможности исполнения как одному

¹ См. абз. 2 п. 22, абз. 1 п. 23, абз. 1 п. 34, абз. 1 п. 35 Постановления № 7.

² См. п. 36 Постановления № 6.

из оснований прекращения обязательств, а не к альтернативным обязательствам, ее рассмотрение здесь не приводится. С этой феноменологией можно ознакомиться в другом нашем комментарии к приведенному Постановлению, посвященном прекращению обязательств.

Нужно отметить еще один нюанс, который Пленум буквально не вербализует, но находится в согласии с ним. Невозможность исполнения влечет прекращение обязательства при соблюдении гипотезы ст. 416 ГК. Феномен альтернативного обязательства заключается в том, что он не представляет собой случая множественности обязательств. Здесь есть только одно обязательство, но с альтернативным предметом — двумя или несколькими действиями (обязанностями). Если одно действие оказывается невозможным к совершению (исполнению), обязательство не может прекратиться, пока остается возможным к исполнению хотя бы одно действие. Стало быть, при невозможности совершения одного из действий для альтернативного обязательства наблюдается иное явление — изменение обязательства или прекращение одной из альтернативных обязанностей. Хотя закону это явление неизвестно, оно объективно существует в правовой реальности. В тех же случаях, когда согласно гипотезе ст. 416 ГК при невозможности исполнения обязательство не прекращается (хотя бы одна сторона отвечает за обстоятельство, повлекшее невозможность исполнения), то и здесь наблюдается изменение обязательства, хотя ни закон, ни Пленум этого буквально не предусматривают. Впрочем, структура изменения обязательства в широком смысле достаточно сложная, чтобы охватить ее целиком в этом коротком замечании. В этой области правовой реальности наблюдается как изменение обязательства, так и его сохранение, прекращение одной или нескольких обязанностей в обязательстве, возникновение новых реверсивных обязательств и правоохранных притязаний, смотря по воздействию на обязательство различных факторов в их многовариантном сочетании.

(в) В абз. 2 Пленум обращается к двум случаям, при которых должник отвечает за невозможность исполнения бинарного альтернативного обязательства. В первом из них право выбора принадлежит должнику, и поэтому кредитор вправе требовать оставшегося возможным исполнения.

Как видно в этой ситуации, в отличие от абз. 1 разъяснение учитывает, что речь идет о таком альтернативном обязательстве, которое составляет два, а не более действий. В мультиальтернативном обязательстве наступившая невозможность исполнения, даже если за нее отвечает должник, *jus variandi* не уничтожает, а потому должник

сохраняет право выбора. Это объясняется тем, что и без невозможности исполнения должник вправе был не выбирать то действие, которое стало невозможным исполнить, т.е. кредитор не мог рассчитывать, что именно это действие будет выбрано должником. Стало быть, в такой ситуации кредитор вправе потребовать того исполнения, которое окажется выбранным.

Догматическое затруднение здесь возникает из-за ст. 416 ГК, из которой следует, что вследствие невозможности исполнения обязательства прекращается только тогда, когда за обстоятельство, вызвавшее эту невозможность, не отвечает ни одна сторона. Если же за это обстоятельство отвечает должник, обязательство не должно прекращаться. Но если это так, то должник, имеющий право выбора, может остановить его на любом исполнении. Это будет означать, что кредитор вправе требовать исполнения выбранного должником действия, которое невозможно исполнить, что, в свою очередь, влечет привлечение должника к ответственности. Однако в некоторых случаях такой исход может повлечь нарушение интересов кредитора. Например, если издержки должника на исполнение оставшегося возможным к исполнению действия выше, чем размер причитающегося кредитору по оказавшейся невозможной к исполнению в натуре обязанности, включая убытки за ее неисполнение, должник может предпочесть именно такой исход. Пленум явно его не допускает, трактуя о праве кредитора требовать оставшегося возможным исполнения. Означает ли это, что вопреки ст. 416 ГК обязанность все же следует считать прекратившейся, или считается, что должник утрачивает право выбора невозможного исполнения вследствие упречности его действий в отношении обстоятельства, которое делает невозможным исполнение, остается пока неясным и требует дальнейшего осмысления.

Во втором случае, когда право выбора принадлежит кредитору, может показаться, что, по мнению Пленума, *jus variandi* преобразуется. Кредитор сохраняет право потребовать исполнения оставшегося возможным действия, а в части другой альтернативы он вправе потребовать **возмещения убытков**, причиненных невозможностью исполнения этого действия. На самом деле данное суждение нуждается в уточнении, поскольку кредитор, смотря по обстоятельствам, вправе требовать не только возмещения убытков. Также данное суждение нуждается и в правильном восприятии. Секундарное право выбора кредитора никак не изменяется. Оно не превращается в секундарное право иного содержания так, что кредитор вправе выбирать между двумя действиями — 1) оставшейся возможной обязанности и 2) действия охранительного

характера — возмещения убытков. Речь идет о другом явлении — кредитор вправе остановить свой выбор по-прежнему на одном из двух действий в бинарном альтернативном обязательстве, несмотря на кажущуюся парадоксальной ситуацию с выбором в пользу невозможного действия.

Пленум особо упирает на то, что этот выбор кредитор вправе осуществлять **по своему усмотрению**. Секундарное право, как и всякое субъективное гражданское право, всегда осуществляется по усмотрению его обладателя, т.е. своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК). Возможно, это усиление сделано ввиду некоторой аномальности, образующейся в силу фикции п. 1 ст. 416 ГК, согласно которому обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Из этого следует, в частности, что если должник отвечает за обстоятельство, вызвавшее невозможность исполнения обязательства, он продолжает оставаться обязанным по обязательству, которое не прекращается. Но нельзя требовать объективно невозможного, поэтому Пленум в другом разъяснении обоснованно указывает, что по смыслу п. 1 ст. 308.3 ГК кредитор не вправе требовать по суду от должника исполнения обязательства в натуре, если осуществление такого исполнения объективно невозможно, в частности, в случае гибели индивидуально-определенной вещи¹. Как видно, это суждение не обосновывается тем, что обязательство прекратилось. Таким образом, невозможная к исполнению обязанность логически сохраняется, чтобы имелось основание привлекать должника к ответственности за ее нарушение. Иными словами, закону неизвестна ответственность за наступление обстоятельства, которое вызывает невозможность исполнения (например, за уничтожение собственной вещи), равно как неизвестна ответственность за невозможность исполнения обязательства, о которой трактует Пленум. Дело в том, что система норм об ответственности (гл. 25 ГК) устроена таким образом, что это всегда ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение какой-нибудь обязанности (или запрета), следовательно, эта обязанность всегда должна быть обнаруживаема. Использованное в п. 1 ст. 416 ГК законодателем выражения «ни одна из сторон не отвечает» на самом деле означает не юридическую ответственность, а возложение риска наступления соответствующих последствий. Тот факт, что обстоятельство, повлекшее невозможность исполнения, само по себе может быть правонарушением, означает, что в одном действии

¹ См. абз. 1 п. 23 Постановления № 7.

соединяются два правовых явления. Например, если один из музыкантов в совместном обязательстве исполнить музыкальное произведение дуэтом причиняет вред здоровью другого музыканта, вследствие чего исполнение обязательства становится невозможным, это влечет следующую структуру отношения. Перед кредитором причинитель вреда отвечает за неисполнение обязательства, а перед потерпевшим он отвечает по деликту. Если же вред здоровью причинен самому кредитору, вследствие чего исполнение обязательства становится невозможным, поскольку кредитор не может его получить, то должник отвечает по договорному обязательству перед кредитором не за его неисполнение, а как причинитель вреда по другому обязательству, т.е. за деликт.

Должник отвечает за неисполнение обязательства, как будто такое исполнение было бы возможным, но должник его не исполнил. Категория самой невозможности исполнения либо категория обстоятельства, которое ее вызвало, бессодержательны по сравнению с обязательством, которое имеет свой предмет. Для расчета убытков за неисполнение обязанности нужно учитывать именно обязательство и его условия, а не обстоятельство, которое вызвало невозможность исполнения либо саму невозможность. Последние ничего не дадут. Убытки причиняются не обстоятельством, влекущим невозможность исполнения, и не самой невозможностью исполнения (опосредованные причины), а неисполнением обязательства должником (непосредственная причина).

Приведем иллюстрацию: допустим, должник, получивший встречное исполнение от контрагента, был обязан передать кредитору в собственность вещь ценою в 1 млн либо уплатить 1 млн. Должник упречно (но не умышленно) уничтожил вещь, а цена на нее к моменту исполнения возросла на 200 тыс. Кредитор, имеющий *jus variandi*, выбирает обязанность по передаче вещи, которую должник не может исполнить, а потому он вправе требовать возмещения убытков в размере 200 тыс. и первоначальной стоимости предоставления в размере цены вещи — 1 млн, а всего 1 млн 200.

Такое понимание содержания и структуры обязательственных связей принципиально важно, в том числе и потому, что притязание кредитора в размере 1 млн не является ответственностью для должника, а последняя составляет лишь 200 тыс. Поэтому если, скажем, по условиям договора ответственность должника правомерно ограничена, допустим, суммой в 300 тыс., должник не может сослаться на это, поскольку порог ограничения не превышен. Если, предположим, ответственность должника была ограничена суммой в 100 тыс., кредитор был бы вправе потребовать только 1 млн 100 тыс.

В приведенном примере динамика отношения такова. Сначала кредитор выбирает оказавшуюся невозможной для исполнения обязанность должника; альтернативное обязательство становится ординарным (концентрация); поскольку должник не может исполнить обязанность, кредитор отказывается от обязательства и оно прекращается; вместо этого обязательства должник становится обязанным по двум другим обязательствам: 1) по реверсивному – возврат полученного (1 млн) и 2) по охранительному – возмещение убытков за неисполнение прекратившегося обязательства (200 тыс.).

Изложенное следует учитывать при интерпретации выражения Пленума о праве кредитора требовать возмещения **убытков, причиненных невозможностью исполнения этого действия**.

(г) В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта приводится еще одна пара случаев для ситуаций, когда за невозможность исполнения отвечает не должник, а кредитор.

Первый случай касается обязательства с правом выбора у должника. Пленум выражается в том смысле, что **последний освобождается от исполнения обязательства**. При этом собственная ссылка на ст. 416 ГК, которая посвящена не освобождению от исполнения обязательства, а прекращению последнего, его никак не смущает. Дело в том, что здесь возникает такое же затруднение, что и во втором случае предыдущего абзаца данного пункта Постановления, что было обосновано, соответственно, в предыдущем пункте комментария.

Интересно, что Пленум избегает констатировать прекращение обязательства, а трактует об **освобождении должника от исполнения обязательства**. Это и понятно, ибо разъяснение обосновывается ссылкой на ст. 416 ГК, из которой следует, что если имеется сторона, которая отвечает за обстоятельство возникновения невозможности обязательства, обязательство не должно прекращаться. Однако текст ст. 416 ГК никак не может обосновать такое освобождение. По существу, перед нами просто новая норма, неизвестная закону. Логика здесь понятна – коль скоро своим деянием кредитор повлек возникновение невозможности исполнения одной из обязанностей, составляющих альтернативное обязательство, то при выборе этой обязанности должником он не в состоянии исполнить обязательство, а оно, однако, не прекратилось. Получается, что причина невозможности исполнения обязательства в натуре обнаруживается в лице кредитора, а отвечать за неисполнение обязательства обязан должник. Если же обязать должника исполнять оставшееся возможным к исполнению обязательство, то это означает лишить его секундарного права. Поэтому Пленуму ничего не оста-

валось, как сформулировать правовую позицию об освобождении должника от исполнения обязательства.

Хотя буквально в разъяснении это не сказано, речь идет об освобождении от исполнения в целом всего альтернативного обязательства, сколько бы действий оно ни предусматривало.

Но остаются не охваченными разъяснением вопросы, а именно: вправе ли должник требовать возмещения убытков, а также о судьбе полученного должником от контрагента, если таковое имело место. Введя новую норму об освобождении должника от исполнения обязательства, Пленум добился согласующейся с принципом справедливости защиты должника в этой части, но надо пойти дальше, ответив на поставленные вопросы. Причем это нужно сделать, даже если ссылка на ст. 416 ГК означает, что на самом деле, несмотря на слова об освобождении от обязательства и вопреки этой норме, имеется в виду прекращение обязательства. Как ни квалифицировать состояние правоотношения сторон, судьбу полученного должником необходимо определить, равно как и разрешить вопрос об убытках должника.

Представляется, что если должник получил от кредитора встречное предоставление (например, цену за товар), то, поскольку он освобождается от исполнения обязательства, это означает, что кредитор товар не получит. Представим, что товар погиб по обстоятельству, за которое отвечает кредитор. Таким образом, можно констатировать, что товар погиб как бы в составе имущества кредитора, причем риск случайной гибели, распределяемый по правилам о купле-продаже, здесь не принимается во внимание, так как гибель не случайна. Вытекающее из п. 1 ст. 416 ГК положение о том, что соответствующая сторона, в данном случае кредитор, отвечает за обстоятельство, повлекшее невозможность исполнения обязательства, означает в том числе и то, что на эту сторону ложится риск неполучения встречного предоставления¹. Отсюда следует, что встречное предоставление (для приведенного примера — цена товара) остается у должника.

Что касается возмещения убытков, то и на него должник может притязать. Он должен быть поставлен в такое экономическое положение, как если бы обязательство было исполнено (позитивный интерес). Если должник понес какие-то дополнительные расходы по обязательству, например, как в приведенном примере, которые не покрываются полученной ценой товара, кредитор обязан их возместить.

¹ См. п. 39 Постановления № 6.

При этом надо учитывать и другие варианты соотношения встречных предоставлений. Например, если модифицировать приведенный казус таким образом, что должник получил не всю цену товара, а только его часть (аванс), то, подставив цифры, можно получить необходимую иллюстрацию. Допустим, по условиям договора цена товара составляет 1 млн, должник получает аванс в размере 200 тыс., после чего товар гибнет по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор. Согласно лежащему на кредиторе риске этой гибели, должник вправе оставить себе полученные 200 тыс., а также потребовать от контрагента уплаты оставшихся 800 тыс.

Выражение Пленума об освобождении должника от исполнения обязательства может восприниматься таким образом, что такое освобождение происходит *ipso jure*. Но так ли это? Ясно, что упречность здесь обнаруживается в действиях кредитора, а потому интерес должника заслуживает защиты правопорядком. Однако предоставление такой защиты не может вступать в противоречие с принципом автономии воли и уничтожать секундарное право. Следовательно, должник вправе выбрать оставшееся возможным действие и исполнить сконцентрированное обязательство.

Второй случай в этой группе, когда *jus variandi* принадлежит самому кредитору, решается очевидным образом — кредитор вправе потребовать исполнения оставшейся обязанности.

Здесь, правда, надо сделать два уточнения, поскольку обязанностей может оставаться несколько (мультиальтернативное обязательство). Кроме того, говорить об оставшейся обязанности не вполне корректно, поскольку остаются все обязанности, ибо они не прекращаются невозможностью исполнения, поскольку за обстоятельство возникновения этой невозможности отвечает кредитор.

Получается, что кредитор «наказал» сам себя, лишив себя выбора в отношении одной из обязанностей, исполнение которой стало невозможным. Что касается должника, то он не мог рассчитывать на выбор кредитора именно в отношении той обязанности, исполнение которой оказалось невозможным, ибо кредитор мог ее и не выбрать. Поэтому представляется уместным выражение Пленума о том, что кредитор вправе потребовать исполнения оставшейся (а точнее — другой) обязанности **так, как если бы он сделал такой выбор**. Ведь независимо от наступления обстоятельства невозможности исполнения кредитор вправе выбрать другое действие в бинарном альтернативном обязательстве или одно из других действий в мультиальтернативном обязательстве.

Но если возможно выбирать к исполнению невозможное действие, поскольку обязательство не прекращается, если за невозможность исполнения отвечает хотя бы одна сторона, остается определить, вправе ли кредитор выбрать невозможное исполнение. На первый взгляд это кажется просто нереалистичным, ведь кредитор отвечает за наступившую невозможность, а потому он не станет действовать в ущерб себе. Но что, если экономическое соотношение интересов, в том числе вследствие изменившейся рыночной конъюнктуры, сложится таким образом, что кредитору будет выгодно избавиться от обязательства с возможным к исполнению действием и возместить убытки должнику? Вопрос кажется не столь простым, но при отсутствии иной опоры остается обратиться к принципу добросовестности, усмотрев в действиях кредитора соответствующую упречность, и не допустить извлечение преимущества из собственного недолжного поведения. Сложнее обстоит дело, когда соответствующая сторона принимает на себя риск невозможности исполнения и никакой упречности в наступлении обстоятельства, послужившего основанием невозможности исполнения, обнаружить не представляется возможным.

(д) Как уже отмечалось, методология Пленума в отношении невозможности исполнения альтернативного обязательства оперирует только двумя элементами — правом выбора и упречностью сторон в отношении возникновения невозможности исполнения. В комментируемом пункте рассмотрены варианты различного соотношения данных элементов. Однако в соответствующих случаях придется развивать эту методологию дальше, имея в виду ситуации **случайной невозможности исполнения**. Общее правило сформулировано в абз. 1 комментируемого пункта. Но оно должно уступить специальным правилам, когда соответствующая сторона отвечает и за случайно наступившую невозможность исполнения. Например, такое положение дел наблюдается при просрочке (*mora*).

Безотносительно к альтернативным обязательствам Пленум в другом своем разъяснении устанавливает, что по общему правилу риск наступления невозможности исполнения несет сторона обязательства, находящаяся в просрочке (ст. 405, 406 ГК). 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)¹.

¹ См. абз. 1 п. 40 Постановления № 6.

Приведенное разъяснение и комментируемая правовая позиция, взятые по отдельности или в совокупности, не в полной мере подходят для случая наступления случайной невозможности исполнения альтернативного обязательства при просрочке исполнения, поскольку первая не посвящена специально альтернативным обязательствам, а вторая не охватывает случайную невозможность исполнения обязательства.

Если исполнение в силу случая становится невозможным после просрочки должника, обязательство не прекращается, но право выбора по одной версии переходит к кредитору или, по другой версии, возникает также и у кредитора.

Следовательно, в первом случае должник, лишившийся своего *jus variandi*, ожидает выбора кредитора. Последний же вправе выбрать любое действие. Соответственно, актуально разъяснение, содержащееся во втором предложении абз. 2 комментируемого пункта. Такое же последствие возникает при двойном выборе, если первым его осуществил кредитор. Если допускать выбор должника и после его просрочки (мультипликация выбора), то выбор должником оставшегося возможным исполнения не создает проблемы — кредитор требует его исполнения. Вопрос возникает о праве должника выбрать невозможную к исполнению в натуре обязанность. Если последнее не исключается, то должник будет обязан в таком случае к возврату полученного по обязательству и возмещению убытков. Однако, судя по правовой позиции Пленума, такое положение дел недопустимо (см. п. «в» комментария).

Если случайная невозможность исполнения одного из действий по альтернативному обязательству наступает после просрочки кредитора, первое затруднение связано с тем, что ст. 406 ГК не содержит аналогичного ст. 405 ГК положения об ответственности просрочившего кредитора при случайной невозможности исполнения. Однако, как видно из приведенной выше правовой позиции, Пленум преодолевает это затруднение, хотя и без правового обоснования, уравнивая последствия кредиторской просрочки и *mora debitoris*. Следуя той же методологии уравнивания, есть основания применить *mutatis mutandis* изложенный выше подход для просрочки должника к просрочке кредитора в альтернативном обязательстве с учетом особенностей, установленных во втором предложении п. 45 Постановления.

(е) Пленум последовательно рассмотрел случаи, когда за невозможность исполнения в альтернативном обязательстве отвечает одна или другая сторона. Но ни закону, ни судебной практике не известны такие возможные ситуации, когда за невозможность исполнения отвечают обе

стороны. Последнее объяснимо, так как, судя по практике, это весьма редкое стечение обстоятельств. Поскольку этот вопрос по большей части относится не столько к альтернативным обязательствам, сколько к невозможности исполнения вообще, его рассмотрение здесь видится неуместным. Отметим лишь, что в таком случае общим методом можно попытаться определить распределение негативных последствий между сторонами сообразно степени влияния каждой стороны на обстоятельство, вызвавшее невозможность исполнения, а если это невозможно установить — в равных долях.

47. По смыслу статьи 308.2 ГК РФ право должника заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением может быть согласовано сторонами в момент заключения договора, из которого возникает основное обязательство, либо в последующем до исполнения основного обязательства.

По смыслу статьи 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.

(а) Если альтернативное обязательство не слишком востребовано в обороте среди его участников ввиду присущей ему неопределенности, то факультативное обязательство обладает еще большим отвращающим действием, ставя кредитора в худшее положение. Дело в том, что в альтернативном обязательстве за счет инверсии *jus variandi* кредитор может снизить степень неопределенности, в том числе при просрочке должника, а в факультативном обязательстве **инверсия выбора в принципе невозможна**, поскольку он всегда принадлежит должнику, и только должнику. Таким образом, если альтернативное обязательство может быть преобразовано из продебиторского в прокредиторское, то факультативное обязательство всегда продебиторское.

Факультативное обязательство, имея глубокие исторические корни, весьма своеобразно и кажется достаточно архаичным. В альтернативном обязательстве каждая из обязанностей находится *in obligatione*, т.е. является долгом, но только одно действие *in solutione*, т.е. подлежит исполнению. Внутренняя структура факультативного обязательства иная: только одно действие — основное исполнение находится *in obligatione*, а второе (запасное) действие (*facultas*) может быть совершено вместо основного исполнения, т.е. оно не является обязанностью должника, это его право. Кредитор не может ни при каких обстоятель-

ствах притязать на его совершение, но обязан смириться с выбором должником этого действия и принять запасное исполнение под страхом оказаться в просрочке. Получается, что запасное исполнение представляет собой, как и всякое исполнение, действие должника, но оно совершается не во исполнение его обязанности, а вследствие реализации права должника. Выходит, что в отношении *facultas* у кредитора остается только кредиторская обязанность, а у должника никакой обязанности нет вовсе, но, наоборот, имеется право произвести исполнение, имеющее погашающее (ремиссионное) действие по факультативному обязательству. Поэтому более точным было бы обозначить факультативное обязательство как обязательство с правом должника на замену исполнения или на предоставление во исполнение (*datio in solutum*). Своеобычность факультативного обязательства проявляется также и в том, что фактические действия должника, приступившего к исполнению *facultas*, совершаются так же, как и всяким должником по ординарному обязательству, но юридически это не исполнение обязанности. Вся система обязательственного права сфокусирована на взаимодействии кредитора и должника на стадии исполнения обязательства, включая всякие девиации и детали, исходя из того, что действие должника является его долгом и предметом требования кредитора. Действие же по исполнению факультативного обязательства в отношении запасного предоставления формально-юридически выпадает из этой системы, не являясь долгом, а представляя собой правовой феномен *sui generis*.

В этом аспекте теоретическая модель факультативного обязательства предполагает, что ремиссионный эффект наступает только тогда, когда запасное исполнение реально передано кредитору сполна. Один лишь волевой выбор должника в пользу *facultas* никакого преобразовательного эффекта в обязательстве не производит, как это имеет место в альтернативном обязательстве. Правовое последствие для судьбы обязательства наступает только при реальном его исполнении. Предложение должника принять запасное исполнение перфекционирует кредиторскую обязанность, но не превращает обязательство в ординарное. Никакого преобразования в структуре обязательства не влечет и просрочка должника. Кредитор вправе притязать только на основное исполнение, но не на *facultas*. В случае просрочки должника кредитор вправе защищать свои права такими способами защиты, которые соответствуют нарушению основного обязательства.

Такой проредиторский уклон модели факультативного обязательства естественным образом не делало его популярным в глазах кредиторов,

и оно оказывалось достаточно маргинальным явлением, а потому и законодатель долгое время оставался безучастным к его урегулированию. Наверное, факультативное обязательство так и оставалось бы на обочине делового оборота, если бы российская судебная практика не стала квалифицировать всякое соглашение об отступном в качестве факультативного обязательства¹. Отступное оказалось весьма популярным в гражданском обороте, включая коммерческие отношения, в связи с чем на практике и в теории возникает немало специфики и нюансов в этой области. Учитывая, что этому вопросу посвящено достаточно внимания в другом разъяснении Пленума², здесь эта разновидность факультативного обязательства не будет рассматриваться подробно, а с ее особенностями можно ознакомиться в другом нашем комментарии к приведенному Постановлению.

(б) Как уже отмечалось, до недавнего времени законодатель дифференциально относился к такому виду обязательственного правоотношения, как факультативное обязательство. Ни правила об исполнении таких обязательств, ни тем более его дефиниция закону не были известны. Все изменила реформа ГК.

Согласно новой статье — ст. 308.2 ГК факультативным признается обязательство, по которому должнику предоставляется право заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением, предусмотренным условиями обязательства. В случае, если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, кредитор обязан принять от должника соответствующее исполнение по обязательству.

В п. 1 новой ст. 320.1 ГК появилось правило об исполнении факультативного обязательства: если должник по факультативному обязательству (ст. 308.2) к установленному сроку не приступил к основному исполнению, кредитор вправе потребовать основного исполнения обязательства. А в п. 2 этой же статьи усматривается интерпретационная презумпция, согласно которой к обязательству, предусматривающему совершение должником одного из двух или нескольких действий, применяются правила об исполнении альтернативного обязательства (ст. 320), если оно не может быть признано факультативным обязательством.

¹ См. п. 1, 2 информационного письма Президиума ВАС от 21 декабря 2005 г. № 102 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 Гражданского кодекса Российской Федерации»; п. 3 Постановления № 6.

² См. п. 2–9 Постановления № 6.

(в) Несмотря на явный предебиторский уклон факультативного обязательства, некоторые кредиторы соглашаются на такую модель отношений. Если кредитор имеет одинаковую потребность в предоставлении как одного исполнения, так и другого, он вполне может посчитать для себя пригодным такой вид обязательства. Например, хранилище жидких углеводородов, имея недогруз мощностей по всем или некоторым их разновидностям, заключает договор поставки, скажем, бензина, с правом поставщика заменить его поставку партией дизельного топлива в согласованном размере. Естественно, стороны могут своим соглашением изменить ординарное обязательство на факультативное. Например, по договору поставки бензина поставщик вследствие изменившихся обстоятельств выговаривает себе право вместо этого товара поставить дизельное топливо. Более того, ничто не препятствует сторонам после просрочки должника изменить обязательство на такое, которое предусматривает право должника заменить исполнение другим предоставлением в пользу кредитора. Во всех этих случаях в результате возникает факультативное обязательство, причем в последнем случае оно квалифицируется в качестве отступного. Впрочем, Пленум, судя по всему, для квалификации договора в качестве соглашения об отступном не проводит дифференциации в зависимости от темпорального аспекта, т.е. от того, на какой стадии отношений сторон заключается такое соглашение¹. Тем не менее наиболее характерной на практике является такая ситуация, когда в преддверии просрочки или после нее стороны достигают соглашения об отступном в связи с затруднениями должника произвести первоначально согласованное исполнение.

(г) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум как раз акцентирует внимание судей на то, что право должника на замену исполнения может быть согласовано сторонами **в момент заключения договора**, из которого возникает основное обязательство, либо **в последующем до исполнения основного обязательства**.

В отношении отступного позднее было установлено, что стороны вправе согласовать условие о предоставлении отступного на **любой стадии существования** обязательства, **в том числе до просрочки** его исполнения².

Последнее делает весьма непростым делом отграничение отступного от другого вида факультативного обязательства, если только не уви-

¹ См. абз. 2 п. 2 Постановления № 6.

² Там же.

деть в этом разъяснении, что отступное может быть согласовано исключительно после возникновения какого-то обязательства, а не в момент заключения договора. Но в этом нет никакого практического смысла, ибо через секунду после заключения консенсуального договора обязательство возникает и появляется эта самая любая стадия **существования обязательства**, когда условие о предоставлении отступного становится доступным сторонам. Таким образом, совокупность разъяснений Пленума привела к поглощению отступным всех факультативных обязательств (см., однако, п. «е» комментария к п. 48 Постановления), впрочем, нет ничего более загадочного в современном российском обязательственном праве, чем отступное, а поэтому удивляться уже не приходится.

Если взять разъяснение абз. 1 изолированно, т.е. само по себе, может возникать вопрос о том, зачем оно понадобилось. Первый отмеченный Пленумом случай (момент заключения договора) означает, что стороны могут изначально заключить договор, предусматривающий возникновение факультативного обязательства. Но разве это не следует из принципа свободы договора, а также из того, что по общему правилу к обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), применяются общие положения об обязательствах (п. 1 ст. 307.1 ГК), к каковым относятся понятие факультативного обязательства и правила его исполнения? Второй случай (в последующем) означает изменение договора по соглашению сторон. Но разве это не следует из п. 1 ст. 450 ГК, согласно которому, в частности, по общему правилу изменение договора возможно по соглашению сторон? Если Пленум утверждает, что то или иное положение может быть согласовано сторонами, стало быть, кто-то считал иначе? Но, как было показано, для этого нет ровным счетом никаких правовых оснований.

Остается предположить, что насаждаемая практикой модель факультативного обязательства, возникающего из соглашения об отступном, с учетом договорной практики привела к когнитивным искажениям. Как уже отмечалось, на практике соглашение об отступном часто заключается после просрочки должника. Это соглашение изменяет ординарное обязательство на факультативное обязательство. Видимо, некоторые судьи сделали из этого вывод, что факультативное обязательство есть следствие соглашения об отступном, а оно может быть заключено только после просрочки. То есть любое факультативное обязательство может быть согласовано только после неисполнения существующего обязательства, а изначальная договоренность об этом или последующая до просрочки не допускается. Такое понимание,

конечно, не имеет под собой никаких правовых оснований. Если Пленум имел в виду предотвратить такую квалификацию, то это, конечно, абсолютно верно, поскольку стороны свободны в согласовании факультативного обязательства без ограничений в стадии их отношений: изначально, до просрочки или после просрочки. Другое дело, что с учетом иного разъяснения Пленума всякое факультативное обязательство оказывается отступным (см., однако, п. «е» комментария к п. 48 Постановления).

(д) Некоторые выражения Пленума требуют уточнения или акцентирования.

Его суждение о том, что отсутствие ограничений по моменту заключения соглашения, влекущего возникновение факультативного обязательства, выводится из смысла ст. 308.2 ГК, вызывает сомнения. Никаких подобных смыслов там обнаружить не удастся, да это и не нужно. Справедливость правовой позиции Пленума базируется, как это было обосновано в предыдущем пункте комментария, на принципе свободы договора, включая свободу его изменения.

Из суждения Пленума о том, что *facultas* может быть согласовано сторонами **в момент заключения договора**, допустим логический вывод о том, что ранее этого момента такая договоренность невозможна. Однако такой вывод был бы ошибочным. Действительно, практика не демонстрирует применения заранее заключенных соглашений, устанавливающих факультативное обязательство. Однако должное из сущего не выводится. Обязательственному праву известны такие феномены, когда стороны достигают тех или иных признаваемых правом договоренностей в отношении будущих обязательств. Нет никаких причин ограничивать свободу договора и в отношении заблаговременного добавления к возможному будущему обязательству факультативной опции. Стороны могут предусмотреть, что если между ними возникнет то или иное определенное в соглашении обязательство, то должник вправе будет вместо него произвести другое исполнение по своему выбору.

Из разъяснения следует, что стороны вправе договориться о праве должника на замену исполнения после заключения договора, но **до исполнения основного обязательства**. Здесь же упоминается договор, из которого возникает основное обязательство. Эти выражения требуют уточнения в том смысле, что они не должны приводить к представлению о наличии в структуре факультативного обязательства двух обязательств: основного и какого-то иного (дополнительного). Правильная терминология такая: основное исполнение и факультативное испол-

нение. Как было обосновано в п. «а» комментария, факультативное обязательство — одно-единственное и, как верно отмечает сам Пленум, замена исполнения факультативным действием является не обязательством и не обязанностью должника, а его правом.

Это добавление в конце абз. 1, быть может, имело в виду: до осуществления основного исполнения. Такое суждение было бы верным, но излишним. В ординарном обязательстве нет оснований для выделения основного исполнения. Кроме того, после того как должник осуществил исполнение, обязательство этим и прекращается (п. 1 ст. 408 ГК). Коль скоро обязательство прекратилось, согласование замены исполнения по такому обязательству просто-напросто невозможно, ибо нет самого обязательства. Для того чтобы это стало возможным, надо каким-то образом возродить прекращенное обязательство, а затем, предоставив должнику право на замену исполнения, изменить его. Хотя сам по себе феномен восстановления прекращенных обязательств фрагментарно известен обязательственному праву, пусть и недостаточно еще изучен как общее явление, в рассматриваемом контексте он неактуален.

Кроме того, использование в разъяснении понятия основного обязательства не должно повлечь такое представление, будто бы речь идет об основном долге. Факультативное обязательство, и в особенности отступное, может быть предусмотрено и в качестве *facultas* для дополнительных обязательств, например, процентов или неустойки.

Выражение Пленума о том, что согласование права на замену исполнения возможно и в последующем после заключения договора, но до исполнения обязательства, охватывает и просроченное обязательство. Это также следует из абз. 2 комментируемого пункта. Последнее характерно для отступного. Такой подход еще раз (см. п. «г» комментария выше) свидетельствует о слиянии отступного и факультативного обязательства (см., однако, п. «е» комментария к п. 48 Постановления).

Коль скоро есть опасения в ложном понимании допустимости договоренности о факультативном обязательстве в зависимости от динамики существующего обязательства, следует обратить внимание на то, что Пленум указывает на такую возможность, как согласование *facultas*, **до исполнения основного обязательства**. К этому можно добавить: до полного исполнения основного обязательства. Даже если должник приступил к исполнению ординарного обязательства, но не завершил его, ничто не мешает сторонам договориться о таком изменении обязательства, чтобы предоставить должнику право в дальнейшем произвести иное действие по его выбору.

(е) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум формулирует правовую позицию, согласно которой кредитор обязан принять факультативное исполнение, в том числе в период просрочки исполнения основного обязательства.

При этом Пленум опять обосновывает свое суждение смыслом ст. 308.2 ГК. В части обязанности кредитора принять исполнение в этом нет необходимости, так как норма предусматривает это *expressis verbis* — в случае, если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, **кредитор обязан принять** от должника соответствующее исполнение по обязательству. Стало быть, из смысла данной статьи выводится правовая позиция относительно обязанности принимать запасное исполнение **при просрочке** в исполнении основного исполнения.

Важно отметить, что она снабжена блокирующей оговоркой и применяется, **если законом, иным правовым актом или договором не предусмотрено иное**. Это принципиально важно, поскольку в противном случае кредитор обязывался бы к принятию исполнения, к которому вследствие просрочки должника он утратил интерес. 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 (см. также п. «а» комментария к следующему пункту Постановления). Для факультативного обязательства сложность заключается в том, что понятие просрочки должника принято рассматривать в контексте нарушения обязательства, но факультативное исполнение задолженным не является, это право должника. Последнее может провоцировать рассуждение о том, что просрочка в осуществлении основного исполнения не имеет правового значения для принятия факультативного исполнения. К тому же Пленум не конкретизирует, что именно следует иметь в виду в отношении блокирующей оговорки.

На факультативное обязательство можно смотреть как на своеобразную льготу должника. А это по справедливости не должно приводить к тому, чтобы девиация должника от программы согласованных действий оставляла кредитора без защиты всем инструментарием обязательственного права. Согласно п. 4 ст. 1 ГК никто не вправе извлекать преимущество из своего упречного действия. Если должник впал в просрочку по основному исполнению и не реализовал свое право на замену исполнения, кредитор должен получить полную защиту, кроме истребования факультативного исполнения. Иными словами, если кредитор вправе, согласно п. 2 ст. 405 ГК, отказаться от принятия

просроченного основного исполнения, он также вправе отказаться и от принятия факультативного исполнения, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором.

Поскольку обязанность кредитора принять *facultas* является *conditio sine qua non* факультативного обязательства, то когда договором предусмотрено иное, в том смысле, что кредитор не обязан, но вправе принять запасное исполнение, никакого факультативного обязательства просто нет. В этом ограничительном смысле и надо понимать блокирующую общее правило правовой позиции оговорку. Если должник вправе предложить иное исполнение и кредитор вправе его принять или не принимать, то здесь вовсе нет никакого обязательства, поскольку ни одна из сторон не обязана к совершению какого-либо действия и может произвольно не предпринимать никаких действий. Но если оба действия будут совершены (иное исполнение предложено и принято), то они и создадут факультативное обязательство, которое тут же и будет исполнено. Но в такой модели мало практического смысла.

Что касается выражения о просрочке исполнения **основного обязательства**, то в отношении него актуально то же соображение, которое сформулировано для аналогичного словоупотребления в абз. 1 комментируемого пункта (см. п. «д» комментария выше).

(ж) Интересно отметить, что первоначальный проект Постановления содержал несколько иную редакцию абз. 2 комментируемого пункта. Предусматривалось, что по общему правилу «кредитор обязан принять от должника факультативное исполнение **до начала исполнения основного обязательства**, в том числе в период просрочки исполнения основного обязательства». Как видно, итоговая правовая позиция об обязанности кредитора принять факультативное исполнение никак не связана с наличием или отсутствием начала исполнения обязанности должника (основного исполнения).

Трудно предположить, с чем была связана такая редукция разъяснения. Если, рассуждая логически, предположить, что Пленум полагает возможным обязать кредитора принять запасное исполнение и после начала исполнения должником своей обязанности, то это вызывает сомнения.

Продебиторский уклон в факультативном обязательстве должен иметь какие-то разумные пределы, когда неопределенность в отношениях сторон прекращается. Ведь пренебрежение обоснованными ожиданиями кредитора, возникающими вследствие определенных действий должника, кажется несправедливым. Одним из таких пределов как раз целесообразно определить тот факт, что должник

приступил к исполнению своей обязанности, что свидетельствует об отсутствии у него интереса в осуществлении права на замену исполнения. В противном случае кредитор может быть поставлен в весьма затруднительное положение. Представим себе, что по условиям факультативного обязательства основное исполнение заключается в выполнении работ, а факультативное — в поставке товара. Допустим, должник приступил к выполнению работ, а затем передумал, ссылаясь на свое право заменить исполнение. Получается, что все взаимодействия сторон в подрядном отношении выпадают из договорного лона и оказываются в области неосновательного обогащения, что едва ли предусматривается программой факультативного обязательства. Кроме того, кредитор должен теперь броситься готовить склады под поставку партий товара, чтобы не впасть в просрочку, так как по буквальному значению разъяснения он обязан принять факультативное исполнение при просрочке должника. Все это видится совершенно неразумным, а первоначальная редакция разъяснения, напротив, имела *ratio legis*.

Поскольку Пленум все же не сформулировал суждения, обратного исключенному, можно рассчитывать, что в этом вопросе просто исходили из отсутствия необходимости перегружать общее разъяснение какими-то нюансами. Если это действительно так, то можно сформулировать общий принцип — когда должник приступил к исполнению своей обязанности (основного исполнения), обязательство перестает быть факультативным, а право должника на замену исполнения прекращается, если иное не вытекает из договора или не следует из сложившихся отношений сторон. Но при всем при этом особо надо поставить тот случай, когда факультативное исполнение было согласовано сторонами в отношении оставшегося неисполненным основного предоставления. Здесь сама последовательность действий говорит сама за себя, т.е. тот факт, что до согласования *facultas* должник приступил к основному исполнению, а кредитор уже получил часть основного предоставления, не препятствует должнику предложить затем запасное исполнение, если кредитор на то согласен.

(з) Несмотря на то, что закон и Пленум трактуют только об обязанности кредитора принять факультативное исполнение, необходимо пойти дальше. Сколько бы ни называть факультативное исполнение правом должника, оно все равно функционально реализуется как предоставление, т.е. как исполнение долга, представляя собой точно такое же действие должника, как если бы оно было задолженным. Поэтому должник нуждается в содействии кредитора в приня-

тии исполнения, но не только. На кредитора распространяются все кредиторские обязанности, в том числе по совершению действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающих из обычаев или из существа обязательства, до совершения которых должник не может произвести свое факультативное исполнение.

(и) Утверждение Пленума об обязанности кредитора принять факультативное исполнение, в том числе в период просрочки исполнения **основного** обязательства, требует еще одного дополнения. Несмотря на то, что факультативное исполнение не является задолженным действием, договором для него может быть установлен срок. Более того, стороны достаточно часто так и делают. Причем если для отступного характерно установление срока его предоставления, наступающего после срока основного исполнения¹, то для факультативного обязательства вообще этот срок вполне может наступать ранее срока по основному исполнению. Иными словами, срок основного исполнения и срок факультативного исполнения могут не совпадать.

Следовательно, даже если должник находится в просрочке по основному исполнению, кредитор не обязан принимать факультативное исполнение, если для него еще не наступил срок (ст. 315 ГК). И наоборот, по факультативному исполнению срок может наступить, а по основному еще нет. В такой ситуации кредитор обязан принять факультативное исполнение, но не обязан принимать основное. Разъяснение Пленума не препятствует этим выводам.

48. Кредитор не вправе требовать от должника факультативного исполнения, в том числе в случае просрочки или невозможности исполнения основного обязательства. Если стороны договорились, что должник вместо основного исполнения уплачивает денежные средства или передает иное имущество, такое соглашение, по общему правилу, порождает право, но не обязанность должника предоставить иное (факультативное) исполнение с целью прекращения обязательства. Если должник не исполняет это соглашение, кредитор вправе требовать исполнения должником основного обязательства и возмещения убытков, вызванных просрочкой или невозможностью исполнения основного обязательства (пункт 1 статьи 320.1 ГК РФ).

Вместе с тем стороны вправе заключить соглашение, по которому кредитор может требовать от должника по своему выбору исполнения

¹ См. п. 2 Информационного письма № 102.

первоначальной обязанности или обязанности, установленной впоследствии таким соглашением (альтернативное обязательство с правом выбора кредитора).

(а) В первом предложении комментируемого пункта Пленум продолжает описание существа юридического феномена факультативного обязательства (см. п. «а» комментария к п. 47 Постановления). Коль скоро факультативное исполнение является следствием реализации права должника на замену основного исполнения, кредитор не вправе его требовать от должника, поскольку гражданские права осуществляются их обладателями своей волей и в своем интересе. Стало быть, воля кредитора не может вытеснить волю должника.

Закон буквально не предусматривает нормы о том, что **кредитор не вправе требовать факультативного исполнения**, но это логически следует из легального понятия данного вида обязательства (ст. 308.2 ГК), а также из правила о его исполнении (п. 1 ст. 320.1 ГК). Последнее предусматривает, что если должник к установленному сроку **не приступил** к основному исполнению, кредитор вправе потребовать основного исполнения обязательства.

Пленум не обращает внимания на некоторую, пусть и незначительную, неточность закона, хотя сам избегает ее. Кредитор вправе потребовать основного исполнения, в том числе в судебном порядке, и в том случае, когда должник приступил к основному исполнению, но безосновательно не завершил его в соответствии с условиями обязательства. Естественно, судебное признание к исполнению оставшейся части обязательства в натуре допускается, если иное не предусмотрено ГК, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства (п. 1 ст. 308.3 ГК).

Позитивное право не предусматривает, в каких случаях право должника на замену основного исполнения *facultas* прекращается. Пленум тоже в таком ракурсе буквального ответа не дает, но комментируемый фрагмент, равно как абз. 2 предыдущего пункта, с очевидностью свидетельствуют, что **просрочка должника** этого права не умаляет, как и не наделяет кредитора правом требовать факультативного исполнения. Кредитор не вправе притязать на *facultas* ни при каких обстоятельствах.

Хотя разъяснение не содержит оговорки о диспозитивности правовой позиции Пленума, в силу принципа свободы договора стороны могут договориться об иных последствиях просрочки должника. Они могут предусмотреть, что просрочка должника прекращает его право

на замену исполнения или что она влечет изменение факультативного обязательства на альтернативное. Последнее представляет собой более сбалансированное соотношение прав и обязанностей сторон.

Пленум обоснованно указывает также и на то, что **невозможность исполнения** основного обязательства не дает кредитору права требовать факультативного исполнения. В этих случаях права кредитора определяются ст. 416, 417 ГК. Хотя и здесь буквально не затрагивается вопрос о праве должника на замену исполнения, системный метод толкования позволяет утверждать, что оно не прекращается и в данном случае. Это открывает дорогу возможной коллизии действий сторон обязательства в такой ситуации, когда невозможность исполнения не прекращает обязательство, поскольку за обстоятельство, вызвавшее эту невозможность, отвечает должник. В случаях, когда кредитор вправе потребовать возмещения убытков за неисполнение должником обязательства, должник, согласно правовой позиции Пленума по поводу обязанности кредитора принять факультативное исполнение и после нарушения должником обязательства (см. абз. 2 предыдущего пункта Постановления), может предложить кредитору принять *facultas*. Последнее видится реалистичным тогда, когда размер убытков кредитора превышает стоимость факультативного исполнения. Интересы сторон в такой ситуации начинают противоречить друг другу, а потому требуется отыскать справедливое решение.

Представляется, что если кредитор вследствие нарушения должником обязательства утратил интерес в факультативном исполнении, подлежит применению п. 2 ст. 405 ГК, что было обосновано выше безотносительно к невозможности исполнения (см. п. «е» комментария к п. 47 Постановления), однако последняя ничего не меняет.

Если невозможность исполнения основного обязательства наступила, но должник, не впадая в просрочку, предложил надлежащее факультативное исполнение кредитору, последний обязан его принять, даже если бы за обстоятельство невозможности основного исполнения отвечал должник. В такой ситуации права кредитора не могут считаться нарушенными, поскольку и без таковой невозможности должник был вправе освободить себя факультативным исполнением.

(б) Если кредитор правомерно отказывается от обязательства, например, вследствие существенной просрочки должника или по другим причинам, за которые отвечает должник, факультативное обязательство оказывается неисполненным и возникает вопрос об определении размера убытков и обоснованности их возмещения. Кредитор должен быть поставлен в такое положение, в котором он находился бы, если бы обя-

зательство было исполнено надлежащим образом (абз. 2 п. 2 ст. 393 ГК). Однако своеобычность рассматриваемого вида обязательства заключается в том, что *facultas* не является обязательством, но как основное исполнение, так и факультативное исполнение являются надлежащим исполнением обязательства. Если бы обязательство было исполнено за счет основного предоставления, кредитор находился бы в одном экономическом состоянии, а если бы за счет факультативного — в другом. Ясно, что размер убытков может оказаться различным, смотря по тому, какое из исполнений считать непредоставленным. По какому из исполнений (основному или факультативному) следует исчислять убытки?

Логически возможно усмотреть всего четыре метода: 1) по основному исполнению; 2) по факультативному исполнению; 3) по тому исполнению, при котором убытки больше; 4) по тому исполнению, при котором убытки меньше.

Рассмотрим их всех последовательно.

1. Выбор в пользу определения убытков по основному обязательству можно обосновать следующим соображением. Кредитор вправе был рассчитывать, что при нарушении обязательства должником он мог притязать только на основное исполнение и должен был прогнозировать свои убытки исходя из его нарушения. Следовательно, они и подлежат присуждению. Также и должник не мог не осознавать, что, впад в просрочку, кредитор может притязать только на основное исполнение, а освободиться факультативным исполнением, может быть, и не удастся, поскольку кредитор от него откажется.

2. Определение убытков только по факультативному обязательству достаточно сложно обосновать универсальным образом. Ведь кредитор не вправе его требовать ни при каких обстоятельствах, а потому он не может рассчитывать на определение некоторого минуса в своем имуществе именно за счет *facultas*, поскольку он мог его не получить и без всякого нарушения обязательства должником. Может быть, предпринята попытка, да и то не очень уверенная, лишь для частного случая, описанного выше, когда основное исполнение поражает невозможность исполнения, кредитор правомерно отказывается принимать предложенное должником факультативное исполнение, а кредитор требует возмещения убытков исходя из неисполнения факультативного предоставления, поскольку должник уже его выбрал и даже предложил, а потому обязательство следует рассматривать как ординарное, в том числе учитывая, что должник не может произвести основное исполнение. Однако это рассуждение не выглядит убедительным даже для частного случая.

Получается, что второй метод существует гипотетически, но не имеет аргументированного обоснования.

3. Поскольку убытки за неисполнение обязательства по модели защиты позитивного интереса всегда определяются в сослагательном наклонении, не следует принимать во внимание, что основное исполнение невозможно. Убытки определяются, как если бы обязательство было исполнено. Но, с другой стороны, кредитор вправе отказаться принимать просроченное исполнение на основании п. 2 ст. 405 ГК, следовательно, если бы невозможности исполнения не случилось, кредитор вправе был бы отказаться от факультативного исполнения и потребовать основного исполнения либо не отказываться от факультативного исполнения. Следовательно, он всегда мог бы выбрать лучший для себя вариант, а потому убытки необходимо определять по тому исполнению, которое дает большее возмещение убытков. Недостаток этого метода заключается в том, что должник, впад в просрочку, может и не предлагать факультативного исполнения, а в таком случае даже если его неисполнение дает большее возмещение, основания для притязания на него у кредитора отсутствуют.

4. Согласившись на факультативное обязательство, кредитор был готов принять тот экономический результат в своем имуществе, который образуется как при основном, так и при факультативном исполнении. Также и разумный должник, если он руководствуется только стоимостным интересом при выборе предмета исполнения, всегда выберет то, что выгодно ему, т.е. меньшее. В такой ситуации должник обязан к возмещению убытков с определением их по основному или факультативному исполнению, исходя из того, какая сумма является наименьшей. Таким образом, кредитор будет поставлен в то же положение, как если бы обязательство было надлежаще исполнено по наиболее экономному для должника предоставлению.

При этом следует учитывать, что задача определения убытков по неисполненному факультативному обязательству не имеет пока не только устойчивого решения в российском праве, но даже сколько-нибудь заметного обсуждения.

Пленум уже в третий раз использует термин «основное обязательство», поэтому повторяться здесь не имеет смысла (см. п. «д» и п. «е» комментария к п. 47 Постановления).

(в) Из-за структуры факультативного обязательства некоторое затруднение может возникать, если кредитор принимает факультативное исполнение после просрочки должника. О просрочке факультативного исполнения формально-юридически говорить не приходится, так как

facultas не является обязанностью, о просрочке кредитора также говорить неуместно, поскольку, несмотря на то, что должник имеет право на замену исполнения, в кредитора он не превращается, за просрочку в реализации права законом ответственность не установлена.

Остается только определять последствия просрочки по основному исполнению, хотя его вовсе не было. Это может приводить к искажению причинно-следственных связей, несоответствию размера ответственности действительным потерям кредитора, получившего, хотя и с просрочкой, факультативное исполнение. Представим такую ситуацию, когда цена на товар, являющийся основным исполнением, повысилась и кредитор требует возмещения абстрактных убытков, но и цена на товары, являющиеся факультативным исполнением, также повысилась. Если определять ответственность по основному исполнению и не учитывать получение факультативного исполнения, то должник будет обязан возмещать кредитору убытки, которых в действительности у него нет. Но дисфункция может проявляться и в ущерб кредитору, когда, скажем, цена на товар, представляющий собой факультативное исполнение, повысилась, а в отношении основного исполнения осталась прежней.

Одним из решений указанных затруднений является обнаружение фикции ретроактивного преобразования факультативного обязательства в ординарное, если ненадлежащее факультативное исполнение принято кредитором. В другом разъяснении, хотя и без обоснования своего решения ретроактивностью, Пленум ориентирует суды на применение правил о соответствующем факультативному предоставлению виде договора¹.

При таком подходе получается, что когда факультативное исполнение принято кредитором, считается, что обязательство состояло из данного действия (предмета обязательства) с момента его возникновения (адаптация правила о ретроактивности выбора в альтернативном обязательстве — п. 43 Постановления). Иными словами, обязательство рассматривается как ординарное, и с учетом этого определяются последствия его нарушения, в том числе последствия просрочки, как если бы *facultas* было *in obligatione*.

Что касается недостатков в факультативном предоставлении, принятом кредитором, то здесь определение ответственности должника по основному исполнению совершенно невозможно. Поэтому ничего не остается, как только признать, что должник нарушил обязан-

¹ См. абз. 2 п. 6 Постановления № 6.

ность по его предоставлению, хотя у него такой обязанности никогда не было. Парадоксальность этого вывода есть неизбежное следствие самой конструкции факультативного обязательства. Можно сколько угодно говорить о том, что *facultas* не является задолженным исполнением, а лишь правом должника, но как только должник совершает действие, призванное удовлетворить потребность кредитора, приходится отбросить все это своеобычие данного вида обязательства и рассматривать отношения кредитора, получившего ненадлежащее предоставление, ординарным образом, оставаясь в традиционной систематике обязательственного права.

(г) Поскольку гражданское право давно отказалось от использования строго формальных вербальных или литеральных формул, определяющих вид обязательства, в которое стороны согласились вступить, он определяется исходя из буквального значения слов и выражений, использованных в соглашении сторон.

Когда текст договора составляется обученным гражданскому праву лицом, он нередко содержит юридическую терминологию, которая, как правило, исключает неопределенность по данному вопросу. Применительно к рассматриваемому виду обязательства такими терминами являются «основное исполнение» и «факультативное исполнение», а также право на замену исполнения. Таким образом, если в договоре указано, какое действие является основным исполнением, а какое — факультативным, сложности в квалификации возникать не должно. Точно так же если в договоре тем или иным образом обозначено, что должник вправе заменить исполнение другим исполнением, то и здесь намерение сторон не оставляет сомнений.

Богатство языка не позволяет исчерпывающим образом определить, какими словами и выражениями может быть раскрыто волеизъявление сторон связать себя факультативным обязательством, причем могут быть использованы такие слова и выражения, которые закону неизвестны, но из которых следует названная воля. Например, если стороны договорились о том, что должник может передать не корову, а быка, то это факультативное обязательство, хотя его участники не использовали ни одного слова из норм, посвященных факультативному обязательству (ст. 308.2, 320.1 ГК).

По причинам, до конца не ясным, Пленум выбирает один из вариантов возможного содержания соглашения, влекущего возникновение факультативного обязательства. Разъяснение обозначает такую договоренность указанием на то, что **должник вместо основного исполнения уплачивает денежные средства или передает иное имущество**. Причем

второе предложение комментируемого пункта Постановления даже не обозначается в качестве примера. Как было продемонстрировано выше, волеизъявление на вступление в факультативное обязательство может быть сделано с использованием совсем других слов. Договорные условия, как указал Пленум, обычно таким образом не формулируются, поскольку разъяснение указывает не на право или обязанность, а на описание соответствующего процесса, как будто имеется внешний наблюдатель, который описывает, что делает должник. Поэтому, видимо, имелся в виду смысл соглашения, а не те слова и выражения, которые в нем использованы.

Поскольку разъяснение специально упирает на то, что такое соглашение **порождает право, но не обязанность должника**, а также с учетом абз. 2 в отношении альтернативного обязательства, видимо, это и было главной его целью — ограничить факультативное обязательство от альтернативного. Надо обратить внимание, что суждение Пленума снабжено оговоркой о том, что данная им квалификация применяется в качестве **общего правила**. Следовательно, имелось в виду такое исключение, когда договор предусматривает, что должник вместо основного исполнения уплачивает денежные средства или передает иное имущество, но такое соглашение порождает не право, а обязанность должника. Последнее есть не что иное, как альтернативное обязательство. Хотя терминология здесь весьма необычна, поскольку в альтернативных обязательствах обычно не принято указывать, что одно исполнение осуществляется **вместо** другого, равно как не принято выделять **основное исполнение**. В альтернативном обязательстве нет основного и какого-то иного исполнения, все задолженные действия по умолчанию подпадают под единый правовой режим.

Выражение «передать вместо основного исполнения» весьма близко такому словоупотреблению, как **предоставление взамен исполнения**. Последнее использовалось в дореформенной редакции ст. 409 ГК, посвященной отступному, а также является калькой римского *datio in solutum*. Как уже отмечалось, отступное квалифицируется в качестве соглашения, влекущего факультативное обязательство. Хотя в ст. 409 ГК подобное выражение более не используется, тем не менее, быть может, таким не столь явным образом Пленум хотел показать, что такая квалификация им разделяется. На это указывает также и то, что далее фигурирует цель факультативного исполнения: прекращение обязательств, а также выбор именно приведенных действий — уплата денежных средств или передача иного имущества, которые фигурируют в ст. 409 ГК. Кроме того, как в данном пункте абз. 2 указывает на воз-

возможность договориться по модели альтернативного обязательства, так и в другом разъяснении имеется такой же пассаж в отношении альтернативного обязательства, и тоже в абз. 2¹. Как бы там ни было, сейчас, в условиях действия другого разъяснения, это уже не важно, поскольку нет никаких сомнений, что отступное квалифицируется именно как факультативное обязательство, хотя и с некоторыми особенностями (например, в отношении частного моратория)².

Важно отметить, что для факультативного обязательства нет оснований ограничивать его только названными Пленумом видами обязательств (уплата денежных средств или передача иного имущества). Такое ограничение было бы разумно усмотреть для отступного, тем более что закон только ими и оперирует. Но Пленум в разъяснении о прекращении обязательств, напротив, расширительно толкует ст. 409 ГК, допуская в качестве отступного также и работы, услуги и вообще всякое предоставление³. Таким образом, обозначение предметов предоставления по факультативному обязательству оказывается необоснованно зауженным.

Оставляя пока в стороне версию, согласно которой окончание второго предложения комментируемой правовой позиции с упоминанием прекращения обязательства должно было обозначать отступное, нужно отметить указание на **цель** прекращения обязательства. Дело в том, что не вполне ясно, зачем вообще понадобилось это добавление, независимо от того, к чему оно относится — к упоминанию права или обязанности. И предоставление отступного, и предоставление факультативного исполнения, а также факультативное исполнение по обязательству, не являющемуся отступным (если таковые отыщутся), равно как исполнение альтернативного обязательства, в любом случае направлены на прекращение обязательства, поскольку буквально отнесены к действиям, являющимся основаниями для прекращения обязательства законом (ст. 408, 409 ГК).

Все перечисленные действия относятся к исполнению или суррогату исполнения (отступное), по обязательству и по доминирующему доктринальному воззрению (которое мы не разделяем) являются фактическими действиями. Лицо, их совершающее, не должно иметь никакой иной, кроме фактической, цели, а юридической цели оно иметь не может либо она не имеет правового значения. Иными

¹ См. абз. 2 п. 3 Постановления № 6.

² См. там же, абз. 1.

³ См. там же, абз. 1 п. 2.

словами, исполнение обязательства хотя и может являться волевым действием, но направленность воли в отличие от сделки юридического значения не имеет. Цель передачи вещи — поместить ее в фактическое господство контрагента. Передача вещи, уплата денежных средств — все это просто фактические действия и ничего более. Однако Пленум, по нашему мнению обоснованно, трактует о наличии у должника цели прекращения обязательства. Но едва ли он использовал рассматриваемое выражение, чтобы сфокусировать внимание в отношении наличия направленности воли должника на прекращение обязательства исполнением или суррогатом исполнения, поскольку это нерелевантно контексту разъяснения. Так что смысл данного добавления о цели прекращения обязательства пока не поддается окончательному уяснению. Единственное, что можно предположить, так это то, что упор на такую цель, как прекращение обязательства, призван был навести на мысль, что речь идет об отступном. Дело в том, что в этот исторический период известного теперь масштабного разъяснения о прекращении обязательств еще не было¹, но факультативные обязательства в основном обсуждаются в судебной практике в связи с отступным.

(д) Легальное определение факультативного обязательства трактует о таком обязательстве, по которому должнику **предоставляется право** заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением. Возможно, Пленум выбрал рассматриваемое описание соглашения потому, что в нем не упоминается о праве должника вместо одного исполнения произвести другое исполнение, что может вызывать сомнения в содержании действительной общей воли сторон и требует установления интерпретационной презумпции. Но поскольку описанное соглашение охватывает совершение иного действия **вместо основного исполнения**, то намерение сторон заключить соглашение о факультативном обязательстве, как представляется, не оставляет сомнений. Другое дело, если стороны договорятся таким образом, что должник вместо одного исполнения совершает другое исполнение, т.е. без упоминания основного исполнения, а также права должника. В таком случае намерение сторон не столь очевидно, хотя, как отмечалось, такое словоупотребление, как «совершение одного действия вместо другого действия» нехарактерно для волеизъявления по альтернативному обязательству, которое только и может создать интерпретационную дилемму. По альтернативной модели обязательства обычно договариваются так, что должник **обязан** исполнить одно или другое.

¹ См.: Постановление № 6.

Сложнее обстоит дело в ситуации, когда стороны договорятся таким образом, что должник **вправе** исполнить одно или другое.

На первый взгляд кажется: законодатель предвидел, что стороны могут выразиться таким образом, что, предусмотрев несколько действий, которые совершает должник, окажется неясным, имелось в виду факультативное обязательство или нет. Согласно п. 2 ст. 320.1 ГК к обязательству, предусматривающему совершение должником одного из двух или нескольких действий, применяются правила об исполнении альтернативного обязательства (ст. 320), если оно не может быть признано факультативным обязательством. Хотя норма сформулирована достаточно своеобразно, допустимо усмотреть в ней интерпретационную презумпцию в пользу альтернативного обязательства. Иными словами, здесь можно усмотреть такое намерение законодателя: если действительная общая воля сторон (ч. 2 ст. 431 ГК) на вступление в факультативное обязательство не может быть выяснена, применяются правила об альтернативном обязательстве. Однако не все так просто. Применительно к отступному Пленум на основании п. 2 ст. 320.1 ГК удивительным образом обнаруживает презумпцию отступного, т.е. факультативного обязательства. Воля сторон на выбор факультативного или альтернативного обязательства устанавливается путем толкования условий соответствующего соглашения (ст. 431 ГК). При наличии сомнений толкование осуществляется в пользу выбора сторонами факультативного обязательства (п. 2 ст. 320.1 ГК)¹.

(е) В связи с предыдущим комментарием уместно опять поставить вопрос о разграничении отступного от иного вида факультативного обязательства. Если бы это удалось сделать, тогда можно было бы разграничить усматривающуюся законодательную презумпцию и противоположную презумпцию для отступного, установленную Пленумом.

В качестве критерия для указанного разграничения можно рассмотреть соотношение сроков предоставления основного и факультативного исполнения. Отступное, как на него ни смотреть, является девиацией от программы исполнения обязательства, поэтому к нему и применяется общепринятый термин «суррогат исполнения». Когда должник понимает, что у него возникли или возникнут затруднения в предоставлении согласованного исполнения, он вступает в переговоры и стороны достигают соглашения об отступном. Одновременное заключение соглашения об основном предоставлении и договора об отступном — явление аномальное, а имеющиеся примеры скорее

¹ См. абз. 3 п. 3 Постановления № 6.

свидетельствуют о попытках обхода закона, например, в сфере так называемого участия в долевом строительстве¹. Еще чаще на практике наблюдается заключение соглашения об отступном в преддверии просрочки должника или уже после таковой. Поэтому судебная практика и ввела понятие частного моратория.

Когда же стороны договариваются о факультативном обязательстве изначально, то это зачастую делается не тогда, когда должник предвидит затруднения с основным исполнением, а в случае, если он предвидит некоторые обстоятельства, которые могут сделать более выгодным или необходимым предоставление запасного исполнения, а кредитор одинаково заинтересован в получении как основного, так и факультативного исполнения (регулярное факультативное обязательство).

Если принять во внимание приведенные обстоятельства, можно, пусть и не идеальным образом, разграничить отступное и регулярное факультативное обязательство. В случае когда сроки предоставления основного и факультативного исполнения не совпадают, т.е. *facultas* предоставляется позднее, перед нами отступное. Если указанные сроки совпадают либо соглашение изначально предусматривало возникновение основного и факультативного исполнения, то перед нами регулярное факультативное обязательство.

Впрочем, надо признать, практическое значение указанного разграничения пока в судебной практике, да и в теории, никак не проявляется.

(ж) В третьем предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум обозначает последствия неисполнения факультативного обязательства, которые логически следуют из предыдущих его разъяснений, а также из теоретической модели этого вида обязательства (см. п. «а» комментария к п. 47 Постановления). Коль скоро факультативное обязательство не порождает обязанности должника предоставить *facultas*, кредитор вправе требовать основного исполнения, а также защищать свои права в связи с его нарушением. Иными словами, кредитор в нарушенном факультативном обязательстве может действовать так, как если бы оно было ординарным, и обращаться к таким средствам защиты, которые соответствуют этому нарушению.

Рассматриваемая правовая позиция содержит ряд неточностей и недосказанностей, пусть и незначительных, которые нужно отметить и принимать во внимание при ее применении.

¹ См., например, Определение СКГД ВС от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117 (одно-временное заключение договора займа и отступного в виде не созданной еще недвижимости).

Гипотеза разъяснения охватывает ситуацию, когда должник не исполняет **это соглашение**. Имеется в виду соглашение, которое описано в предыдущей правовой позиции, а последняя, как уже указывалось, необоснованно заужена, поскольку касается только двух видов предоставления: уплаты денежных средств и предоставления иного имущества. Действительно, для факультативного обязательства эти виды *facultas* наиболее функциональны и распространены на практике. Тем не менее факультативное исполнение ими не ограничивается.

Пленум трактует о праве кредитора потребовать **исполнения основного обязательства** (на самом деле основного исполнения) и возмещения **убытков**. Нужно учитывать, что, согласно п. 1 ст. 308.3 ГК, присуждение должника к исполнению обязательства в натуре допускается, только если иное не предусмотрено ГК, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Естественно, кредитор вправе требовать не только возмещения убытков за просрочку исполнения обязательства, но и применения других релевантных мер ответственности, смотря по характеру основного исполнения и условий обязательства (например, охранительных процентов, неустойки). Кроме того, кредитор вправе отказаться от договора и требовать возмещения убытков, без присуждения к исполнению обязательства в натуре.

Неточность редакции позволяет усмотреть в тексте такое утверждение, что кредитор вправе требовать исполнения должником основного обязательства и возмещения убытков, вызванных **невозможностью исполнения** основного обязательства. Получается, что кредитор вправе требовать невозможного. На самом деле Пленум не мог иметь это в виду, поскольку по другой его правовой позиции кредитор не вправе требовать по суду от должника исполнения обязательства в натуре, если осуществление такого исполнения объективно невозможно¹. Кроме того, при невозможности исполнения требование о возмещении должником убытков возможно только тогда, когда он отвечает за обстоятельство, вызвавшее эту невозможность.

Что касается нормативного обоснования сделанного суждения, то и оно является неполным, поскольку п. 1 ст. 320.1 ГК, на который имеется ссылка, устанавливает только право кредитора потребовать основного исполнения, а требование возмещения убытков, в том числе при невозможности исполнения, обосновывается другими статьями ГК.

Кроме того, разъяснение трактует только о **неисполнении обязательства**, тогда как нарушение обязательства может принимать и другой

¹ См. абз. 1 п. 23 Постановления № 7.

вид, нежели его просрочка. Едва ли Пленум имел намерение ограничить права кредиторов по факультативным обязательствам на случай ненадлежащего исполнения, не связанного с просрочкой, поскольку для этого нет никаких оснований. Естественно, кредитор вправе требовать защиты своих прав и в таких, например, случаях, как нарушение качества предоставления, нарушение информационных обязанностей и т.п.

(з) В абз. 2 (последнем) комментируемого пункта Пленум обращает внимание судей на право сторон заключить соглашение, влекущее возникновение альтернативного обязательства с правом выбора кредитора. В этом суждении примечательно не его содержание, а расположение. Дело в том, что все Постановление четко систематизировано, а весь материал располагается в соответствии с системой ГК. Альтернативным обязательствам отведены, соответственно, предшествующие п. 42–46, после чего Пленум перешел к рассмотрению факультативных обязательств. Следовательно, такое расположение может скрывать за собой не столько разъяснение для судей, сколько подсказку для участников оборота. А последняя, видимо, понадобилась потому, что Пленум учитывает продебиторский перекокс модели факультативного обязательства и компенсирует его прокредиторской моделью альтернативного обязательства.

Риск смещения факультативного обязательства, в том числе из-за неясности волеизъявления сторон, возникает для стандартной (продебиторской) модели альтернативного обязательства, поскольку право выбрать то или иное действие принадлежит должнику как в альтернативном, так и в факультативном обязательстве. Альтернативное обязательство с инверсированным выбором может быть принято за факультативное только совершенно необразованным юристом. Инверсия выбора в факультативном обязательстве в принципе невозможна.

Данный абзац также показывает, что за суждениями разработчиков текста о факультативном обязательстве маячит тень отступного. При описании инвариантной возможности альтернативного обязательства используется характерная для отступного терминология, которая соответствует обычному ходу дела. Указывается на требование об исполнении **первоначальной обязанности** или обязанности, **установленной впоследствии**. Именно это, как уже отмечалось, характерно для отступного, когда должник, испытывая затруднение с исполнением первоначального обязательства, договаривается в последующем с кредитором об ином предоставлении. По умолчанию это последнее будет являться *facultas*, но Пленум акцентирует внимание на том, что **вместе**

с тем (а на самом деле вместо этого) стороны могут отбросить модель факультативного обязательства и перейти к модели альтернативного обязательства, да еще и с правом выбора кредитора.

Нет никаких сомнений, что разумному кредитору следует предпринять усилия, чтобы воспользоваться рекомендацией Пленума, поскольку даже стандартное альтернативное обязательство более соответствует его интересу, чего уж говорить о прокредиторской модели альтернативного обязательства. Даже если Пленум считает всякое факультативное обязательство отступным, рассматриваемое разъяснение не препятствует сторонам выстроить свои отношения и по дебиторской модели альтернативного обязательства, причем как изначально, так и впоследствии.

В случае неисполнения должником альтернативного обязательства кредитор вправе сам осуществить концентрацию, выбрав то действие должника, которое более отвечает его интересу (п. 1 ст. 320 ГК), тогда как в факультативном обязательстве это в принципе невозможно.

49. В случаях, когда ответственность каждого из солидарных должников по отношению к потерпевшему застрахована разными страховщиками, страховщики возмещают вред солидарно, однако выплата со стороны одного из страховщиков не может превышать размер соответствующей страховой суммы (пункт 2 статьи 323, пункт 4 статьи 931 ГК РФ).

(а) Подавляющее большинство норм, посвященных общим положениям об обязательствах, выстроены исходя из элементарного обязательства в узком смысле, в котором состоят только два лица, по одному с каждой стороны — кредитор и должник. Это и неудивительно, поскольку большинство экономических взаимодействий — это взаимодействие двоих лиц. Тем не менее разнообразие экономических интересов и целый ряд других факторов объективным образом у всех народов и во все времена породили такой феномен, когда во взаимодействие по поводу одного блага (объекта гражданского права) вступают несколько лиц в качестве как кредиторов, так и должников. Такое положение дел неизбежно усложняет систему обязательственных связей, поскольку добавление хотя бы одного лица уже приводит к появлению в ней дополнительного элемента — субъекта гражданского права, что даже просто арифметически укрупняет систему на треть. Прочертить воображаемую линию *vinculum juris* между двумя точками (кредитор и должник) много проще, чем связать три лица, — здесь придется перейти к более сложной геометрической фигуре — треугольнику.

Наиболее распространенной разновидностью обозначенного правового явления является так называемая пассивная множественность, т.е. когда несколько лиц обязаны предоставить кредитору одно благо, а еще уже — солидаритет в обязательственном праве. Солидаритет является отступлением от общего правила в обязательственных отношениях, опирающегося на индивидуалистические начала современной цивилизации антропоцентричности, — каждый действует в своем интересе и отвечает за свои действия, а не за чужие. Как описать это обязательственное отношение? Объективная теоретическая сложность правового феномена солидаритета заключается в неспособности нашей науки обосновать единый критерий, когда правопорядку требуется обнаружить солидаритет. Пожалуй, отправной точкой может выступать такое соображение, что солидаритет справедливо установить там, где по причине совокупных действий нескольких лиц имущество кредитора уменьшилось или пострадали его личные права. Однако и он небезупречен своей высокой степенью абстракции и потребует исключений в некоторых случаях, когда справедливым окажется долевым принцип, который как раз учитывает названные индивидуалистические начала. Применительно к последнему негативным критерием выступает затруднительность для кредитора определить доли, падающие на каждого из должников, хотя и он не является универсальным.

Кажется, что по вопросу солидаритета обосновано столько различных теорий и концепций, сломано столько копий и скопилось столько контроверз, что взяться за их рассмотрение в комментарии — дело совершенно безнадежное, да и неуместное. Поэтому мы ограничимся лишь кратким взглядом на две из них: множественность лиц в обязательстве и множественность обязательств, причем затронем их только в контексте пассивного солидаритета.

Дело можно представить так, что имеется одно обязательство, как то: уплатить деньги, передать имущество, выполнить работу, оказать услугу и т.п., а на стороне должника в нем состоит два лица. Получается, что сторон в обязательстве две: кредитор и должник, а лиц — три. Но можно представить сложившуюся картину и по-иному: у кредитора имеются две отдельные правовые связи, два обязательства с каждым из должников, и тогда надо вести речь не о множественности лиц в обязательстве, а о множественности самих обязательств. Какая же теория больше подходит для гражданского оборота и какую из них следует принять, а какую отбросить?

Возможно, вся концептуальная проблематика в этой области как раз связана с тем, что неправильно поставлен сам вопрос, который

уводит цивилистику по ложному пути. Дело в том, что обе теории могут сосуществовать, поэтому интеллектуальные усилия должны быть направлены не на выбор между ними, а на отыскание их оптимального соотношения в приложении к разным ситуациям. Солидаритет един в одном — кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга, но не больше всего долга. Во всем остальном солидарность правоотношений может отличаться. Иными словами, не существует единого гомогенного правового режима солидарных обязанностей. Последнее предопределено тем, что затруднительно синтезировать единый критерий, обосновывающий солидарность. Поэтому право развивается в этом направлении, отталкиваясь от практики. Как только последняя обнаруживает устойчивое понимание справедливости режима солидаритета для того или иного типичного случая, законодатель или судебная практика вводит солидаритет.

(б) В российской науке, да и в законодательстве, можно усмотреть господство первой теории — множественности лиц в обязательстве. Но на самом деле речь нужно вести о доминировании. Для другой теории тоже найдется место для применения. Иными словами, можно попытаться обосновать, что теория множественности лиц и теория множественности обязательств соотносятся как общая и специальная системы.

Представим себе отношение, по которому два лица, скажем супруги, должны передать в собственность другой стороне неделимую вещь. Логически можно помыслить здесь два самостоятельных обязательства так, чтобы каждый из них был обязан по своему обязательству передать всю вещь в собственность кредитору, но с тем, чтобы исполнение одного обязательства повлекло прекращение другого обязательства. Но это кажется совершенно искусственным построением, причем не очень понятно — зачем это делать. Напротив, куда проще усмотреть здесь одно обязательство, которое порождает пассивный солидаритет. Единство правового основания долга и неделимость предоставления служат как раз пригодным обоснованием возникновения солидарных обязанностей должников. Ведь их замысел в том и заключался, что они, как сособственники вещи, обязываются каждый совместно с другим или по отдельности передать вещь в собственность, их воля направлена на единый правовой результат. Это же позволяет легко обосновать, почему исполнение одним из должников прекратит и обязанность другого, — обязательство едино и оно исполнено, более кредитору требовать нечего, его интерес удовлетворен сполна.

Политико-правовое обоснование диспозитивного пассивного солидаритета по обязательству, связанному с предпринимательской деятельностью, строится на презумпции, что, вступив в обязательство сообща, должники ведут общее дело, преследуя получение прибыли, и идут на повышенный риск ради нее, а потому справедливо установить для них такой правовой режим.

Таким образом, единство правового основания обязанности нескольких лиц с учетом приведенных критериев более гармонирует с концепцией множества лиц в обязательстве, а с ее помощью проще обосновать солидаритет, а также установить в качестве общего правила набор правил для отношений внутри множества.

Сложнее обстоит дело с обоснованием солидаритета по различным обязательствам, ведь здесь нет единства правового основания, которое естественным образом связывает должников в одном обязательстве. Произвольное объявление солидаритета по разным обязательствам не может допускаться, поскольку это противно юридическому методу, да и праву как таковому, которое призвано отыскивать справедливые, а не произвольные решения социальных связей и конфликтов. Следовательно, для усмотрения солидарности нужно обнаружить некоторую связанность соответствующих формально самостоятельных обязательств разных лиц. Когда солидарность установлена законом, выявление этой связанности и справедливости солидаритета является ответственностью законодателя. Но оборот обнаруживает солидаритет по отдельным обязательствам и в других случаях, когда он необходим, но не предусмотрен законом.

Пассивная солидарность по разным обязательствам чрезвычайно разнообразна, что представляет собой объективную сложность для выявления единого критерия ее обоснования. Поэтому и законодательные решения, и доктринальные, и развитие права судами скорее демонстрируют интуитивное отыскание такого критерия для каждого отдельного случая. Да и сами правовые режимы солидарности, включая внутренние отношения между должниками, разнятся от случая к случаю, обнаруживая нетождественные модели. Кроме того, эта теория требует ее усложнения добавлением понятия единства погашающего действия (исполнения). Если обязательства самостоятельные, то исполнение одного из них не влечет прекращения другого обязательства, но тогда это привело бы к экономически необоснованному обогащению кредитора. Стало быть, для соответствующих случаев приходится вводить это понятие, с тем чтобы исполнение одного из множества обязательств освобождало должников по другим обязательствам.

Обоснование единого понятия солидарных обязанностей не представляется реалистичным, по крайней мере на данном этапе развития обязательственного права. Это объясняется тем, что сами экономические отношения, а следовательно, интересы их участников не тождественны. Приведем пример: допустим, два солидарных должника получили в совместную собственность имущество для предпринимательской деятельности от контрагента и обязаны его оплатить. В такой ситуации в качестве общего правила пригодны общие правила о солидаритете, включая равное положение должников в собственных отношениях. В случае разверстки (раскладки) их доли по общему правилу являются равными. Теперь возьмем другой случай: приятель предпринимателя, желая помочь ему, выступил поручителем. Здесь для эффективности обеспечительной функции справедливо установить солидаритет должников в отношениях с кредитором, но правила о разверстке в отношениях между поручителем, исполнившим свою обязанность, и должником оказываются непригодными — поручитель не должен принимать на себя какую-либо долю уплаченного кредитором и действует суброгационная, а не регрессная концепция. Однако если имело место множество совместных поручителей, в их отношениях между собой опять оказывается востребованной регрессная модель разверстки. Возьмем еще один пример: вещь, отданная на хранение, была похищена третьим лицом и погибла. Хранитель отвечает перед поклажедателем на основании договора хранения, а похититель — по деликту, ибо кажется совершенно несправедливым лишить собственника вещи иска о возмещении вреда против вора. Если усмотреть здесь солидарность, которая, без сомнения, лучше защищает интересы кредитора, то при взыскании вреда с вора было бы верхом цинизма на основании правил о разверстке обязать хранителя принять на себя половину доли, присудив его к уплате в пользу вора. Но общие правила регресса не подойдут и для обратного сценария, когда поклажедатель возместит свои убытки за счет нарушившего обязательство хранителя. В этом случае обоснованно воспользоваться суброгационной концепцией, чтобы у хранителя была правовая возможность преследовать вора деликтным иском, причем, соответственно, в полном объеме.

Однако надо сказать, что и в концепции множества лиц в обязательстве при едином для должников основании его возникновения общие правила для внутренних отношений применяются, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками (п. 2 ст. 325 ГК).

В заключение можно заметить, что пассивный солидаритет по общей модели применим для множества лиц в одном обязательстве,

а для множественности обязательств солидарность проявляется в специальных случаях, предусмотренных законом. Но кроме этого, можно наблюдать обнаружение солидаритета при множестве формально самостоятельных обязательств судебной практикой, когда он не предусмотрен законом. Это позволяет достичь справедливого решения в соответствующих случаях, но ценой этого является неопределенность для участников гражданского оборота, которые в той части случаев, которые еще не получили внимания судебной практики, рискуют оказаться солидарными должниками. Впрочем, этот риск неизбежен во всех случаях развития права судами.

(в) Комментируемый пункт открывает короткий перечень разъяснений, посвященных множественности участников в обязательственных отношениях. На первый взгляд, он посвящен относительно узкому вопросу пассивной солидарности, а если взглянуть в существо правовой позиции, то кажется, что она еще более специальная и сводится к тому, что выплата со стороны одного из страховщиков **не может превышать размер** соответствующей **страховой суммы**. Специальная норма (п. 4 ст. 931 ГК), на которую ссылается Пленум, гласит: в случае, когда ответственность за причинение вреда застрахована в силу того, что ее страхование обязательно, а также в других случаях, предусмотренных законом или договором страхования такой ответственности, лицо, в пользу которого считается заключенным договор страхования, вправе предъявить непосредственно страховщику требование о возмещении вреда **в пределах страховой суммы**. Однако последнее прямо следует также из других норм закона. Легальная дефиниция договора страхования (п. 1 ст. 929 ГК) предусматривает, что страховщик обязан выплатить страховое возмещение **в пределах** определенной договором **страховой суммы**. Из п. 1 ст. 937 ГК вытекает, что страховщик обязуется выплатить страховое возмещение **в пределах страховой суммы**. Однако в предшествующей комментируемому Постановлению практике обнаружился вопрос, связанный именно с допустимостью одновременного взыскания с двух страховщиков, на который давался положительный ответ, правда, без указания, что речь идет о солидаритете¹.

Применение систематического толкования правовых позиций Постановления позволяет усмотреть, что в действительности вопрос здесь связан с тем, что перед потерпевшим отвечает не один страховщик, а несколько. Тогда можно предположить, что в разъяснении

¹ См. ответ на вопрос 1 в Обзоре судебной практики ВС за второй квартал 2012 г. (утв. Президиумом ВС 10 октября 2012 г.).

делается упор на другой аспект — выплата со стороны одного из страховщиков не может превышать **размер соответствующей** страховой суммы. Действительно, общие принципы страхования заключаются в том, что при имущественном страховании потерпевший не может получить страховое возмещение больше, чем размер причиненного ему вреда и за пределами страховой суммы. Коль скоро перед потерпевшим отвечают разные страховщики, страховые суммы могут не совпадать. В таком случае суды ориентируются на соответствующую сумму. Но какая именно сумма является соответствующей? Ответ лежит на поверхности: у каждого страховщика своя, и она не может быть превышена. Пленум ссылается на п. 2 ст. 323 ГК, согласно которому кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать **недополученное** от остальных солидарных должников.

Приведем иллюстрацию. Допустим, размер вреда, причиненного потерпевшему двумя деликвентами, в совокупности составил 1 млн 500 тыс.; по условиям страхования одного страховщика страховая сумма составила 1 млн, а по условиям другого — 1 млн 200 тыс. Соответственно, потерпевший вправе требовать с одного из страховщиков в отдельности полной страховой суммы, он также вправе получить часть страхового возмещения своего вреда с первого страховщика, но в пределах 1 млн, и тогда со второго страховщика он может потребовать только 500 тыс. Обратным порядком, если он получит со второго страховщика 1 млн 200 тыс., то с первого страховщика он может потребовать 300 тыс. Иными словами, размер требования к каждому страховщику имеет два ограничителя: он должен укладываться в предел индивидуальной страховой суммы каждого страховщика, а в совокупности не превышать размер вреда потерпевшего. Все это более или менее ясно, отчего кажется, что главное в этом разъяснении заключается в другом.

Кроме того, соблюдение порога страховой суммы требуется и в тех случаях, если ответственность каждого из солидарных должников по отношению к потерпевшему застрахована одним и тем же страховщиком. Различная страховая сумма может фигурировать в договорах и при едином страховщике. При этом надо отметить, что разъяснение Пленума относительно солидаритета применимо и в том случае, когда ответственность не каждого, а только некоторых причинителей вреда застрахована разными страховщиками. В противном случае получилась бы какая-то нелепица, поскольку отношения потерпевшего со страховщиками изменялись бы в зависимости от того, был ли среди

причинителей вреда такой субъект, ответственность которого не застрахована. Для этого нет никаких оснований, ведь потерпевший требует страхового возмещения только в отношении тех причинителей вреда, ответственность которых застрахована, а наличие еще одного деликвента для указанных отношений не имеет правовых последствий.

Если придать значение не только системному толкованию Постановления, но и его теме, а также добавить сюда нормативное обоснование правовой позиции, то можно предположить, что истинное его предназначение сфокусировано на другой проблеме.

Как отмечено выше, Пленум ссылается на п. 2 ст. 323 ГК, в котором, помимо приведенного выше положения, предусмотрено, что солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока **обязательство** не исполнено полностью. Иными словами, в этой норме можно усмотреть обсуждавшуюся выше теорию множества лиц в одном обязательстве. Но гипотеза разъяснения охватывает случай, когда ответственность каждого из солидарных должников по отношению к потерпевшему застрахована разными страховщиками. Поскольку ответственность причинителя вреда застрахована или считается застрахованной в пользу потерпевшего (п. 3 ст. 931 ГК), у каждого страховщика возникает самостоятельное обязательство перед потерпевшим по выплате страхового возмещения. Правовым основанием этих обязательств являются соответствующие договоры, заключенные разными лицами с разными страховщиками. Тем не менее это не становится препятствием для Пленума объявить обязательства разных страховщиков солидарными.

Таким образом, становится понятным, что перед нами один из тех случаев, когда множественность обязательств (а не множественность лиц в обязательстве) повлекла солидарность, которая законом не предусмотрена. По существу, Пленум создал новую норму, которая, по его представлению, ведет к более справедливому решению. Как отмечалось выше, правопорядок не может произвольно объявить солидарными самостоятельные обязательства. Связанность самостоятельных обязательств страховщиков, которую всякий раз необходимо обнаружить, для установления солидарности по отдельным обязательствам здесь проявляется в том едином экономическом интересе потерпевшего, который имеет деликтное притязание к солидарным сопричинителям вреда (ч. 1 ст. 1080 ГК). Его положение ухудшилось бы, если бы он вынужден был определять, какая доля из причиненного вреда относится на одного деликвента и, соответственно, на одного страховщика, а какая доля относится на другого.

Итак, Пленум обнаружил основания для применения солидаритета в отношении отдельных обязательств, не имеющих единого правового основания возникновения (теория множественности солидарных обязательств). Это позволяет достигнуть более справедливого результата и добиться системной согласованности правовых подходов. Однако надо сказать, что усмотреть эту правовую позицию, наверное, не так просто. Было бы куда лучше, чтобы она выражалась *expressis verbis*, поскольку загруженность наших судей и практикующих юристов на фоне общей гиподинамии зачастую мешает им отслеживать нюансы развития доктринальных представлений, что позволяет улавливать неявные смыслы в разъяснениях.

Правда, справедливости ради надо заметить, что судебная практика, начав с отрицания этой теории¹, в последние годы достаточно отчетливо демонстрирует если не тенденцию, то ее очевидное зарождение в отношении солидаритета по обязательствам, не предусмотренного законом, в том числе по обязательствам, возникшим из разных правовых оснований².

(г) Как уже отмечалось, солидаритет не представляет собой однородного понятия, а потому правовой режим солидарности обязанностей в одном обязательстве и солидарность при множественности обязательств различаются. По общей модели солидарность проявляется в том, что каждый из солидарных должников отвечает в полном объеме (п. 2 ст. 323 ГК). В примере с приобретением оборудования это означает, что кредитор (продавец) имеет право потребовать всю сумму как от одного должника на стороне покупателя, так и от другого. Каждый может быть присужден к исполнению обязанности в полном объеме и в равной сумме: сколько должен один, столько же и другой, но кредитор может получить эту сумму однократно.

Рассматриваемая правовая позиция показывает особенность, заключающуюся в своего рода **ограниченном пассивном солидаритете**, в том смысле, что некоторые из солидарных должников могут быть

¹ См., например, Определение СКГД ВС от 1 января 2015 г. № 83-КГ15-9.

² См., например, п. 12 Постановления Пленума ВАС от 17 ноября 2011 г. № 73; Постановление Президиума ВАС от 1 октября 2013 г. № 3914/13; определения СКЭС ВС от 4 июля 2016 г. № 303-ЭС16-1164; от 17 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-19861; п. 18 Постановления Пленума ВС от 21 декабря 2017 г. № 54; п. 27 постановления Пленума ВС от 26 июня 2018 г. № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции»; Определение СКЭС ВС от 19 июня 2020 г. № 301-ЭС17-19678; п. 4, 25 Постановления Пленума ВС от 24 декабря 2020 г. № 45; Определение СКЭС ВС от 24 декабря 2020 г. № 307-ЭС20-11311.

привлечены к исполнению с ограничением суммы. Иными словами, долги страховщиков изначально не равны в случае, когда страховая сумма разнится, хотя и могут по факту оказаться равными, а кроме того, неравенство сумм наблюдается между страховщиками и причинителями вреда. Вернувшись к приведенному выше примеру, можно увидеть, что у кредитора имеются четыре солидарных должника. Первые два должника — причинители вреда отвечают перед кредитором в равной сумме 1 млн 500 тыс., третий — в размере 1 млн, а четвертый — в размере 1 млн 200 тыс. Как видно, предельная сумма долга третьего и четвертого должников (страховщиков) изначально ограничена по отношению к суммам обязательств первых двух (причинителей вреда).

Кроме того, хотя Пленум и не отмечает этого нюанса, поскольку он не характерен для взятого в качестве примера случая, множественность обязательств означает, что и другие их условия могут не совпадать. Последнее, например, проявляется более отчетливо, когда одно требование является договорным, а другое — деликтным.

50. Согласно пункту 1 статьи 323 ГК РФ кредитор вправе предъявить иск о полном взыскании долга к любому из солидарных должников. Наличие решения суда, которым удовлетворены те же требования кредитора против одного из солидарных должников, не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника, если кредитором не было получено исполнение в полном объеме. В этом случае в решении суда должно быть указано на солидарный характер ответственности и на известные суду судебные акты, которыми удовлетворены те же требования к другим солидарным должникам.

До получения полного удовлетворения кредитор вправе требовать возбуждения дела о банкротстве каждого из солидарных должников (например, основного должника и поручителя) на основании всей суммы задолженности.

(а) Поскольку целью обязательства является удовлетворение определенной потребности кредитора, она может считаться достигнутой, когда предоставление по обязательству оказывается в составе его имущества, т.е. в состоянии присвоенности. Присуждение должника к исполнению обязательства, выдача исполнительного листа на принудительное исполнение решения суда, возбуждение исполнительного производства — все из этого, конечно, может доставлять кредитору моральное удовлетворение, но последнее не является целью обязательства. Стало быть, требование кредитора допустимо считать удов-

летворенным, только когда исполнение получено кредитором. Данные постулаты являются общим местом в обязательственном праве, но как они преломляются и реализуются при солидаритете?

Из п. 1 ст. 323 ГК следует, что кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников **совместно**, так и от **любого из них** в отдельности полностью. При буквальном восприятии данной нормы в контексте процессуального права можно помыслить такую инвариантность: 1) кредитором предъявляется иск ко всем солидарным должникам, либо 2) кредитор выбирает любого из солидарных должников и вчиняет ему иск. Но при подобном понимании реализация второго варианта означала бы, что кредитор не вправе предъявлять иски последовательно: сначала к одному из солидарных должников, затем к другому и т.д. Последнее могло бы приводить к тому, что кредитор, просчитавшись с состоятельностью одного должника, к которому он предъявил иск, закрывает себе дорогу на притязание к другим должникам. Такое положение дел не отвечает цели пассивного солидаритета, который, несомненно, устанавливается правопорядком в пользу кредитора.

(б) В первом предложении комментируемого пункта Пленум вычленил из общей диспозиции п. 1 ст. 323 ГК ее фрагмент, указывая, что кредитор вправе предъявить иск о полном взыскании долга **к любому** из солидарных должников. Таким образом, он приступает к рассмотрению одного из модулов действий кредитора по судебной защите своего права, а именно по выбору кредитором одного из солидарных должников и привлечению его к суду. Кредитор совершенно свободен в этом выборе и действует своей волей и в своем интересе.

Во втором предложении дается толкование приведенного элемента нормы, из которого следует собственно правовая позиция Пленума, сводящаяся в общем к тому, что кредитор вправе последовательно предъявлять исковые требования к солидарным должникам. Из гипотезы разъяснения видно, что уже имеется решение суда, которым удовлетворены те же требования кредитора, которые предъявлены им к другому солидарному должнику. Это обстоятельство, как обоснованно и в полном соответствии с целью солидарного обязательства разъясняет Пленум, не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника. При этом делается исключение — если кредитором не было получено исполнение в полном объеме.

Данная правовая позиция требует небольшого уточнения. Если в первом предложении Пленум оперирует понятием **полного взыскания долга**, то в комментируемом фрагменте он говорит о **тех же требованиях**, предъявленных к другому солидарному должнику. Это

позволяет охватить несколько ситуаций, чтобы они универсальным образом попадали под суждение Пленума об отсутствии оснований для отказа в иске. Дело в том, что кредитор может предъявить к одному должнику иск о взыскании долга в полном объеме, а к другому — только в части и наоборот. Поэтому ключевым моментом в разъяснении является указание на те же требования (интересно отметить, что первоначальный проект Постановления не имел уточнения именно о **тех же** требованиях). Полное или частичное совпадение исковых требований с предшествующим взысканием в отношении иного солидарного должника не является основанием для отказа в иске в отношении другого солидарного должника. Тем более нет таких оснований, когда с одного солидарного должника взыскана одна часть долга, а к другому солидарному должнику предъявлен иск в иной, в том числе оставшейся, части долга.

Несмотря на то, что выражение о **тех же требованиях** обнаруживает свое *ratio legis*, оно в то же время не должно пониматься как препятствие для действия рассматриваемой правовой позиции при множественности отдельных солидарных обязательств. Строго говоря, в такой ситуации требования не являются теми же. Например, взыскание судом причитающегося с должника по основному обязательству, обеспеченному поручительством, точно таким же образом не является основанием для отказа в иске к солидарному поручителю. Требования к должнику по основному обязательству и к поручителю по дополнительному обязательству не тождественны, т.е. не являются теми же требованиями. То обстоятельство, что речь идет о защите различных субъективных прав, возникших из различных оснований, ничего не меняет и правовая позиция Пленума должна распространяться и на такие ситуации.

Подлежит уточнению и гипотеза разъяснения, поскольку она при буквальном ее восприятии является необоснованно зауженной. Пленум трактует о наличии решения суда в отношении **одного** из солидарных должников, хотя его разъяснение с очевидностью подлежит применению и в случае наличия решений в отношении нескольких солидарных должников. В том же ключе надо понимать выражение Пленума об отсутствии оснований для отказа в иске о взыскании долга **с другого** солидарного должника. Ясно, что если нет иных препятствий, кредитор вправе вчинить иск сразу или последовательно к нескольким другим солидарным должникам, а не только к одному из них.

Что касается исключения из правовой позиции — получение кредитором исполнения в полном объеме, то и его надо воспринимать корректно, исходя из того, что зачастую просрочка должника влечет

динамическое изменение структуры и объема самого обязательства. Речь идет о возникновении или перфекции охранительных притязаний кредитора (неустойки, охранительных процентов, убытков), объем некоторых из них нарастает по мере накопления просрочки солидарных должников. Полнота исполнения охватывает и эти требования кредитора.

Кроме того, при определении полного объема исполнения следует учитывать ограниченный солидаритет, когда объем солидарных обязательств различных должников не совпадает. Если от одного солидарного должника получено исполнение в полном объеме для этого должника, то это не препятствует взысканию с других должников, чей объем обязательства больше (см., например, п. «в» комментария к п. 49 Постановления).

(в) Пленум обоснованно допустил, упрощенно говоря, последовательное взыскание долгов в отношении солидарных должников. Хотя в разъяснении об этом ничего не сказано, ясно, что кредитору должно быть доступно и, условно говоря, параллельное взыскание солидарных долгов. Логически это обосновывается *argumentum a fortiori*: если кредитору доступен иск при наличии решения суда в отношении другого или других солидарных кредиторов, то ему тем более доступна такая защита, когда он лишь вчинил иск к иным солидарным должникам. Нет никаких разумных оснований заставлять кредитора дожидаться принятия решения по иску к одним солидарным должникам, чтобы ему открылась возможность предъявить иск к другим.

Более того, кредитору также должна быть доступна возможность предъявления отдельного иска к каждому солидарному должнику, естественно, без ущерба для компетенции суда на объединение дел в одно производство (ч. 2, 2.1 ст. 130 АПК, ч. 4 ст. 151 ГПК) или для приостановления производства по делу (ч. 9 ст. 130 АПК) в соответствующих случаях. Причем в некоторых ситуациях кроме как в отдельном производстве право кредитора не может быть защищено, например, если по одному договорному солидарному обязательству установлена пророгационная или третейская оговорка, а по другому, скажем, деликтному — действуют общие правила подсудности спора.

(г) Поскольку при солидаритете допускается судебное взыскание с нескольких солидарных должников по одним и тем же требованиям кредитора, возникает риск его неосновательного обогащения в случае исполнения соответствующих совпадающих требований (перекрывающее исполнение), в том числе на стадии исполнительного производства.

В арбитражной практике этот вопрос возникал еще в прошлом веке применительно к поручительству. Описание одного из казусов показывало, что поручитель просил суд освободить его от ответственности, поскольку при наличии решения о взыскании долга с должника повторное взыскание повлечет неосновательное обогащение кредитора. Однако арбитражный суд отклонил доводы поручителя и удовлетворил требования кредитора, представившего доказательства неполучения от должника платежа по выданному ранее исполнительному документу. В резолютивной части решения было указано, что поручитель отвечает солидарно с основным должником. При этом был сформулирован такой тезис: если решение суда о взыскании соответствующих сумм с должника не исполнено, кредитор имеет право предъявить иск к поручителю¹. Ясно, что эта правовая позиция применима и для обратного порядка взыскания².

В третьем предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум идет по такому же пути, несколько расширяя и отчасти изменяя ранее сформулированную правовую позицию.

В решении суда должно быть **указано на солидарный характер** ответственности. Надо заметить, что это требование к судам сформулировано применительно к случаю, описанному в предыдущем предложении («В этом случае...»), т.е. когда уже имеется решение суда о взыскании с одного из солидарных должников. Если применительно к конкретному казусу в арбитражной практике такая методология оправдана, то, превратившись в абстрактное разъяснение, она оставляет открытым вопрос, следует ли и при взыскании с одного или нескольких солидарных должников указывать на солидарный характер? Представляется, что риск неосновательного обогащения в связи с несколькими присуждениями в пользу кредитора возникает уже при первом взыскании, а потому указание на солидарный характер обязательства следует делать и в этом случае. Доказательство этому утверждению легко обнаружить, рассмотрев такую ситуацию, когда сначала производится взыскание с одного из солидарных должников, без указания о солидарном характере присуждения, а затем — взыскание с другого солидарного должника и в соответствии с разъяснением Пленума делается указание на солидарный характер присуждения. Кредитор (взыскатель) получает исполнение от второго солидарного должника,

¹ См. п. 7 информационного письма Президиума ВАС от 20 января 1998 г. № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве».

² См., например, Определение СКЭС ВС от 29 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-13052.

но предъявляет исполнительный документ к исполнению в отношении первого солидарного должника. Последний имеет перемпторную эксцепцию на стадии исполнительного производства, но не может ею воспользоваться ввиду отсутствия указания на солидарный характер его обязанности, которая прекратилась. Конечно, это не означает, что должник вовсе теряет правовую возможность остановить процесс (см. п. «Г» комментария к п. 51 Постановления), но увеличивает риски неосновательного обогащения, которые правопорядку желательно снижать, а не увеличивать.

Помимо этого соображения, следует еще обратить внимание на не вполне корректное указание Пленума на солидарный характер **ответственности**. Надо понимать, что речь может идти совсем не обязательно об ответственности за неисполнение обязательства, а о солидарном долге, что не одно и то же. Наиболее распространенные виды ответственности (неустойка, охранительные проценты, убытки) являются охранительными обязательствами должников, но не всякое обязательство является ответственностью. В этом аспекте первоначальный проект Постановления, трактовавший о солидарности присуждения, был более точным. Кроме этого, первоначальный проект Постановления, так же как и в арбитражной практике, указывал на солидарное взыскание в резолютивной части, однако в действующее разъяснение этот нюанс не включен. Трудно с уверенностью сказать, что мотивировало разработчиков текста к такой редукции. Возможно, эту деталь изъяли в связи с очевидностью, хотя, может быть, это объясняется расширением правовой позиции, о чем речь пойдет ниже.

Следует задаться вопросом, как может помочь в предотвращении неосновательного обогащения указание на солидарный характер присуждения?

Солидаритет не ограничивает кредитора в судебной защите своих притязаний в отношении каждого из солидарных должников, но он и не дает ему право получить больше, чем причитается. Иными словами, необходимо разграничивать присуждение по обязательству и получение исполнения. Если на первое кредитор имеет право, то в отношении второго его право ограничено однократным получением полного исполнения. Когда кредитор получил исполнение по соответствующему долгу от одного или нескольких солидарных должников, он не вправе получить по этому же долгу перекрывающего исполнения от других солидарных должников.

Поскольку принудительное получение исполнения на основании решения суда осуществляется на стадии исполнительного производ-

ства, оно должно иметь юридические средства для предотвращения неосновательного обогащения взыскателя при солидаритете. И оно такие средства, пусть и несовершенно, получило (подробнее об этом см. комментарий к следующему пункту Постановления). Для этого к взысканиям при солидаритете (солидарное взыскание) применяется институт сводного производства (ст. 34 Закона об исполнительном производстве). Это позволяет окончить исполнительное производство в случае фактического исполнения за счет одного или нескольких должников требования о солидарном взыскании, **содержащегося в исполнительных документах**, объединенных в сводное исполнительное производство (п. 2 ч. 1 ст. 47 Закона об исполнительном производстве).

Как отмечалось выше, разъяснение лишено упоминания о необходимости указания на солидарное присуждение именно в резолютивной части решения, но снабжено новым требованием о необходимости указания на **известные суду судебные акты**, которыми удовлетворены те же требования к другим солидарным должникам.

Если это дополнение означает отказ от необходимости указания на солидарность присуждения в резолютивной части судебного акта (поскольку перечень других судебных актов в резолютивной части судебного акта неуместен), то такое положение не кажется удовлетворительным. Дело в том, что процедура исполнительного производства, как отмечено выше, связана с использованием исполнительного документа, а в рассматриваемом случае — исполнительного листа. Согласно п. 5 ч. 1 ст. 320 АПК в исполнительном листе указывается резолютивная часть судебного акта. Что касается судов общей юрисдикции, то, согласно ч. 2 ст. 429 ГПК, на основании решения или приговора суда о взыскании денежных сумм с солидарных ответчиков по просьбе взыскателя должно быть выдано несколько исполнительных листов, число которых соответствует числу солидарных ответчиков. В каждом исполнительном листе **должны быть указаны** общая сумма взыскания, все ответчики и их **солидарная ответственность**. Представляется, что такое указание следует делать независимо от количества исполнительных листов и просьбы взыскателя, поскольку это соответствует не только интересу взыскателя, но также и интересам солидарных должников и служит юридическим средством предотвращения неосновательного обогащения.

Если в резолютивной части решения суда, а стало быть, и в исполнительном листе не будет указываться на солидарный характер присуждения, это осложнит исполнительное производство, что может привести к нарушению прав солидарных должников.

Что касается введения требования об указании известных суду других решений о взыскании при солидаритете, то оно вызывает сомнения, ибо не вполне понятно, зачем оно вообще нужно. Как было показано выше, предотвращение неосновательного обогащения кредитора осуществляется посредством сводного исполнительного производства. Указание в судебном решении на другие судебные акты, в какой бы части судебного решения оно ни располагалось, ничего не добавляет и не убавляет. В любом случае если такое указание не будет сделано, едва ли судебный акт может быть отменен только на этом основании.

(д) При пассивном солидаритете права кредитора могут защищаться не только иском порядком, но и в другой юрисдикционной форме, что требует определения модуса этой защиты.

В практике арбитражных судов этот вопрос проявился в делах о банкротстве. Вправе ли кредитор требовать возбуждения дела о несостоятельности только одного из солидарных должников или каждого из них, равно как участвовать конкурсным кредитором в каждой из процедур банкротства?

В рамках одного из дел кредитор обратился с заявлением о признании несостоятельным должника солидарного поручителя, обеспечившего исполнение основного обязательства, в условиях, когда в отношении должника по основному обязательству уже было возбуждено дело о несостоятельности, а требование кредитора включено в полном объеме в реестр требований кредиторов. Нижестоящие суды посчитали, что при наличии нескольких должников, отвечающих солидарно, дело о банкротстве может быть возбуждено лишь в отношении одного из них. Производство по делу о банкротстве солидарного поручителя было прекращено. Однако вышестоящая инстанция сформулировала иной правовой подход. Кредитор вправе требовать возбуждения дела о банкротстве каждого из солидарных должников, в том числе одновременно. Закон о банкротстве не содержит запрета на совершение таких действий¹.

В последующем этот подход был подтвержден и развит на более высоком абстрактном уровне. Кредитор вправе требовать возбуждения дела о банкротстве как основного должника, так и поручителя. Кредитор имеет право на установление его требований в деле о банкротстве как основного должника, так и поручителя (в том числе если поручитель несет субсидиарную ответственность), а при наличии нескольких поручителей — и в деле о банкротстве каждого из них².

¹ См.: Постановление Президиума ВАС от 5 апреля 2012 г. № 16609/11.

² См. абз. 1 и 2 п. 51 Постановления № 42.

(е) В абз. 2 (последнем) комментируемого пункта Пленум, с одной стороны, расширяет ранее сформулированную правовую позицию на всех солидарных должников, что вполне логично, а с другой стороны, трактует только о **возбуждении дела о банкротстве**.

Учитывая, что при принятии другого постановления о поручительстве¹ Пленум не признал цитированную в предыдущем пункте комментария правовую позицию не подлежащей применению, следует предположить, что ограничение диспозиции комментируемого фрагмента не имело цели изменения практики. Надо добавить, что для этого нет ни теоретических, ни законодательных причин.

Следует обратить внимание на то, что Пленум дополняет прежние подходы одним нюансом, трактуя обо **всей сумме задолженности**. Это означает, что в каждом деле о банкротстве солидарного должника учитывается полная сумма, причитающаяся кредитору от солидарных должников, а не делится между ними тем или иным образом. Это вытекает из общего права кредитора требовать перекрывающего присуждения, но не означает права на его фактическое получение. Последнее означает, что выплата кредитору соответствующей суммы, скажем, за счет одной конкурсной массы, влечет срабатывание релевантной выравнивающей модели внутри отношений солидарных должников (регресс, суброгация). Также это означает, что за счет другой конкурсной массы те же требования (перекрывающее исполнение) не могут быть удовлетворены соответствующей выплатой.

Утверждение Пленума о праве кредитора требовать возбуждения дела о банкротстве **каждого** из солидарных должников **до получения полного удовлетворения** подлежит уточнению. Дело в том, что кредитор может утратить это право, если он получил неполное удовлетворение в отношении всех солидарных должников в совокупности, но получил все причитающееся индивидуально с одного из них. Например, если ответственность солидарного поручителя была ограничена определенной суммой, которая оказалась меньше причитающегося с должника основного обязательства, формально-юридически кредитор не получает полного удовлетворения по солидарным обязательствам в целом. Но в силу суброгации он полностью утрачивает требование к поручителю, если последний уплатил всю сумму по договору поручительства, равно как если поручитель остался должен сумму, ниже пороговой для его банкротства. Следовательно, требовать возбуждения дела о банкротстве поручителя в таких случаях он не вправе,

¹ См. абз. 4 п. 55 Постановления № 45.

так как поручитель ему ничего не должен или должен недостаточно. При этом следует учитывать и уменьшение требования кредитора в отношении должника в основном обязательстве, поскольку в соответствующих случаях недостаточности этого требования он не вправе будет требовать возбуждения дела о банкротстве и в отношении должника в основном обязательстве. В такой ситуации кредитор не вправе требовать возбуждения дела о банкротстве ни одного из солидарных должников.

51. Согласно части 1 статьи 34 Закона об исполнительном производстве возбужденные в отношении нескольких должников исполнительные производства по солидарному взысканию в пользу одного взыскателя объединяются в сводное исполнительное производство.

При этом взыскатель и каждый из солидарных должников вправе обратиться с заявлением об объединении возбужденных в отношении их исполнительных производств в сводное исполнительное производство, в том числе в случае, когда требования к ним удовлетворены решениями суда по разным делам.

Фактическое исполнение за счет одного или нескольких должников требования о солидарном взыскании, содержащегося в исполнительных документах, объединенных в сводное исполнительное производство, является основанием для его окончания судебным приставом-исполнителем (пункт 2 части 1 статьи 47 Закона об исполнительном производстве).

Если требования кредитора будут удовлетворены одним из солидарных должников, кредитор, действуя добросовестно, должен обратиться с заявлением о возвращении исполнительных документов в отношении остальных солидарных должников. На основании указанного заявления исполнительное производство в отношении остальных солидарных должников оканчивается судебным приставом-исполнителем (пункт 4 статьи 1 ГК РФ, пункт 1 части 1 статьи 46 и пункт 3 части 1 статьи 47 Закона об исполнительном производстве). В случае неисполнения этой обязанности и получения исполнения с других солидарных должников кредитор обязан вернуть неосновательно полученное и возместить причиненные должникам убытки (статьи 15, 307, 393, 1102 ГК РФ).

(а) В данном пункте Пленум обращается к той стадии отношений кредитора и солидарных должников, которая складывается в процессе исполнительного производства, возбужденного в отношении одного или нескольких солидарных должников, что лишь отчасти затрагивалось в комментарии к предыдущему пункту.

В абз. 1 комментируемого пункта Пленум вычленяет из ч. 1 ст. 34 Закона об исполнительном производстве одну из содержащихся там норм, которая специально посвящена солидарному взысканию, отбрасывая не относящееся к делу положение о возбуждении нескольких исполнительных производств в отношении одного должника, и цитирует ее. Ничего более в этом абзаце не обнаруживается и никакого разъяснения он не содержит. Данный фрагмент скорее проводит связь между материальным и процессуальным правом, являясь своего рода введением для рассмотрения данной стадии отношений пассивного солидаритета.

(б) В абз. 2 формулируется разъяснение, которое, по буквальному выражению Пленума, является диспозицией к абз. 1, выступающему, по существу, гипотезой. Поскольку разъяснение начинается со слов «при этом», стало быть, оно распространяется на случай, описанный в абз. 1, и это приводит к алогичному результату. В абз. 1 идет речь об объединении нескольких исполнительных производств в сводное исполнительное производство, а потому ни взыскателю, ни солидарным должникам нет необходимости требовать того, что и так уже сделано. Отсюда можно заключить, что за этим словоупотреблением «при этом» в действительности скрывается как раз обратное, когда данное требование закона не выполнено.

В таком случае стороны могут иметь соответствующий интерес, в особенности солидарные должники, причем каждый из них вправе реализовывать свое процессуальное право самостоятельно и независимо от других. Тот факт, что стороны исполнительного производства вправе обратиться с заявлением об объединении возбужденных в отношении них исполнительных производств **в сводное исполнительное производство**, следует из ч. 1 ст. 50 Закона об исполнительном производстве. Однако надо все же принимать во внимание, что из ст. 34 данного Закона также следует, что служба судебных приставов должна объединять исполнительные производства или возбуждать сводное исполнительное производство *ex officio*. Именно для этого нужно, чтобы в исполнительном документе указывалось на солидарный характер отношения (см. комментарий к предыдущему пункту Постановления).

Пленум особенно выделяет, что указанное право имеется у **солидарных должников** и в том случае, когда требования к ним удовлетворены решениями суда по разным делам. Надо полагать, что это справедливо и для взыскателя, поскольку нет никаких оснований умалять его права. К этому надо добавить, что данное разъяснение следует распространить и на другие случаи взыскания, которые осуществляются во внесудебном

порядке, например, на основании исполнительной надписи нотариуса. Сложность здесь заключается в том, что для нотариуса требование об указании солидарного взыскания законом не установлено.

Хотя Пленум и не касается последствий нарушения требований закона, как из материального права, так и из процессуального права следует, что когда соответствующее объединение не сделано, а исполнительные производства ведутся как отдельные, права сторон нарушаются и они вправе обжаловать действия службы судебных приставов, а также требовать возмещения вреда. Так, например, если ведение отдельных исполнительных производств в нарушение требований ст. 34 Закона об исполнительном производстве привело к неосновательному обогащению кредитора, солидарный должник (кондикционный кредитор), не получивший удовлетворения от кондикционного должника (кредитор в солидарном обязательстве), вправе требовать возмещения вреда, причиненного ему незаконными действиями государственного органа.

(в) Согласно п. 1 ст. 325 ГК исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитором. Данное положение материального права должно находить отражение в процессуальном отношении сторон. Такая корреспонденция обнаруживается в специальном правиле п. 2 ч. 1 ст. 47 Закона об исполнительном производстве, который предусматривает окончание исполнительного производства судебным приставом-исполнителем в случае фактического исполнения за счет одного или нескольких должников требования о солидарном взыскании, содержащегося в исполнительных документах, объединенных в сводное исполнительное производство.

При этом, однако, следует учитывать особенности некоторых отношений солидарности, которые должны приводить к тому, что, несмотря на полное удовлетворение кредитора за счет одного из солидарных должников, исполнительное производство следует продолжать. Такое явление можно наблюдать, например, если солидарное обязательство двух должников в основном обязательстве обеспечено поручительством. В случае фактического исполнения за счет поручителя требования о солидарном взыскании поручитель вследствие суброгации заменяет кредитора в основном обязательстве, а солидарные должники продолжают оставаться обязанными перед суброгационным кредитором (поручителем).

В абз. 3 комментируемого пункта Пленум цитирует норму процессуального права, ничего к ней не добавляя. Таким образом, данный фрагмент разъяснения не содержит.

Мы же обратим внимание на то, что п. 1 ст. 325 ГК трактует об освобождении остальных солидарных должников в случае **полного** исполнения обязательства. Но что изменяется в отношениях сторон при частичном исполнении — ни закон, ни Пленум буквально не предусматривают. Теория обязательственного права, а также системное истолкование материального и процессуального закона позволяют утверждать, что в части полученного кредитором исполнения его требование ко всем солидарным должникам прекращается. Это также должно найти отражение в процессуальном праве, поскольку в противном случае опять открывается нежелательная возможность неосновательного обогащения кредитора. Об окончании исполнительного производства выносится постановление с указанием на исполнение требований, содержащихся в исполнительном документе, полностью или **частично** либо на их неисполнение. При окончании сводного исполнительного производства по исполнительным документам, содержащим требование о солидарном взыскании, в постановлении указывается, **с какого должника и в каком размере** произведено солидарное взыскание (ч. 3 ст. 47 Закона об исполнительном производстве). Ясно, что названные обстоятельства должны учитываться не только при окончании исполнительного производства, но и при его продолжении в отношении оставшегося неисполненным взыскания. Например, если два солидарных должника имеют обязанность уплатить 1 млн и один из них погашает требование в размере 300 тыс., это означает, что и другой солидарный должник не обязан к уплате кредитору более 700 тыс. Получив на депозитный счет указанное исполнение, судебный пристав-исполнитель не вправе взыскать с другого должника более 700 тыс., хотя он сам никакого исполнения не учинял. Причем последнее справедливо и в том случае, когда взысканное еще не перечислено (не выдано) кредитору.

В ч. 2 ст. 47 названного Закона предусмотрено, в частности, что в исполнительном документе судебный пристав-исполнитель указывает часть, в которой это требование исполнено. Поскольку названная статья посвящена окончанию исполнительного производства, можно считать, что речь идет о *de facto* частичном окончании исполнительного производства в отношении взысканной в пользу кредитора суммы.

(г) Несмотря на попытку законодателя предотвратить неосновательное обогащение кредитора за счет установления соответствующего регулирования в законодательстве об исполнительном производстве, последнее требует дальнейшего совершенствования, в том числе с использованием современных электронных технологий, особенно учиты-

вая, что исполнение исполнительных документов банками совершенно неудовлетворительно урегулировано. Наделив коммерческие организации властными полномочиями, законодатель не встроил должным образом деятельность этого субъекта в процедуру исполнительного производства. Поэтому риски неосновательного обогащения кредитора за счет некоторых солидарных должников сохраняются, а защита кондикционным иском их интересов может натолкнуться на банкротство кредитора (кондикционного должника).

Поскольку риски неосновательного обогащения при взыскании солидарного долга с одного из должников в отсутствие сводного исполнительного производства сохраняются, требуется определить, какие имеются правовые возможности для их уменьшения.

Как только происходит взыскание с первого из солидарных должников, возникает названный риск. Пока данный судебный акт не исполнен, должник заинтересован предотвратить потенциальное неосновательное обогащение, которое может возникнуть в трех формах. Первая — когда другой солидарный должник во внесудебном порядке произведет исполнение, перекрывающее взысканное судом с первого должника. Вторая — когда еще один или несколько солидарных должников добровольно исполнят решение суда, которым взыскано перекрывающее исполнение. И, наконец, третья — когда возбуждается отдельное исполнительное производство, а не сводное, как это должно быть по закону. Приведем простейший пример, вытекающий из рассматриваемого разъяснения Пленума. Возьмем для простоты случай, когда с первого солидарного должника взыскана вся сумма, причитающаяся кредитору по солидарному обязательству. Согласно комментируемой правовой позиции наличие такого судебного акта не является основанием для отказа в иске к другим солидарным должникам. Стало быть, получение кредитором исполнения, будь то добровольно или по отдельному исполнительному производству от других солидарных должников, формально-юридически открывает дорогу для получения кредитором неосновательного обогащения за счет первого солидарного должника.

Здесь мы имеем дело с системным явлением, возникающим в целом ряде случаев, когда процессуальное отношение перестает соответствовать материальным отношениям. Поэтому требуется их гармонизация, которая не всегда достижима оперативными мерами.

Даже если первый солидарный должник представит судебному приставу-исполнителю доказательства перекрывающего исполнения другим солидарным должником, в отсутствие сводного исполнительного производства (ст. 34 Закона об исполнительном производстве)

у судебного пристава-исполнителя просто нет формальных правовых оснований ни для прекращения исполнительного производства (ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве), ни для его окончания (ч. 1 ст. 47 Закона об исполнительном производстве). Достижение данной цели возможно только для третьей формы риска потенциального неосновательного обогащения, когда солидарный должник добьется объединения отдельных исполнительных производств, а при первой и второй форме эта методология неприменима.

Пленум в абз. 4 (последнем) комментируемого пункта, обращаясь к принципу добросовестности (п. 4 ст. 1 ГК), выводит из него обязанность кредитора обратиться с **заявлением о возвращении исполнительных документов** в отношении остальных солидарных должников, когда он получил исполнение от одного из солидарных должников. Согласно п. 1 ч. 1 ст. 46 Закона об исполнительном производстве исполнительный документ, по которому взыскание не производилось или произведено частично, возвращается взыскателю, в частности, по заявлению взыскателя. При этом исполнительное производство оканчивается (п. 3 ч. 1 ст. 47 Закона об исполнительном производстве).

Хотя Пленум трактует о таком случае, когда требования удовлетворены **одним из солидарных должников**, ясно, что обсуждаемая обязанность кредитора должна исполняться и в случае, когда эти требования удовлетворены несколькими солидарными должниками в отношении других солидарных должников.

Если эта обязанность исполнена кредитором, то неосновательное обогащение будет предотвращено. В развитие правовой позиции Пленума следует добавить, что из того же принципа выводится обязанность кредитора не предъявлять исполнительный лист к взысканию, если это приводит к его неосновательному обогащению.

Сложнее обстоят дела, когда кредитор получает частичное исполнение от одного солидарного должника, а у него имеется исполнительный лист или ведется исполнительное производство в отношении другого солидарного должника. Здесь является необоснованным требовать исполнения обнаруженной Пленумом обязанности обратиться с заявлением о возвращении исполнительного документа, поскольку кредитор имеет право на взыскание с этого другого солидарного должника причитающегося за вычетом полученной суммы от иного солидарного должника. Следуя в русле заданного Пленумом вектора, в данной ситуации, видимо, следует гармонизировать интересы кредитора и солидарного должника. Для этого требуется обнаружить обязанность кредитора заявить ходатайство о частичном исполнении,

с тем чтобы исполнительное производство продолжалось только в отношении оставшейся суммы.

Пленум вполне рационально полагает, что расчет на добросовестность кредитора может и не оправдаться. Поэтому в последнем предложении обосновывается **обязанность кредитора вернуть неосновательно полученное и возместить причиненные должникам убытки**, с нормативной опорой на ст. 15, 307, 393 и 1102 ГК.

Пленум не описывает еще одной правовой возможности солидарных должников по защите своих законных интересов. Учитывая такое положение дел, которое не исключает фактической возможности неосновательного обогащения кредитора, солидарный должник может прибегнуть к судебной защите своих прав от перекрывающего исполнения в тех случаях, когда кредитором оно получено за счет других солидарных должников. Для этого ему следует на основании ст. 324 АПК или ст. 434 ГПК обратиться в суд с требованием об изменении порядка исполнения решения суда посредством вынесения судебного акта о прекращении исполнения выданного им исполнительного документа о взыскании полностью или в соответствующей части. В предмет доказывания по этому делу входит подтверждение фактического получения кредитором перекрывающего исполнения. Такой судебный акт является основанием для прекращения полностью или в части исполнительного производства (п. 1 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве). В текущей практике ВС имеются примеры, когда изменение в материальном отношении требует отражения в процессуальном отношении, например, при внеюрисдикционном зачете. Там наблюдается схожий предложенному нами подход¹. Однако с практической точки зрения защиту от перекрывающего исполнения зачастую просто не удастся получить своевременно, чтобы предотвратить неосновательное обогащение кредитора. Здесь *de lege ferenda* требуется развивать срочные процессуальные процедуры или расширять дискреционные полномочия субъектов, исполняющих исполнительные документы, а *de lege lata* эффективно применять обеспечительные меры.

(д) Пленум не коснулся одного нюанса, который проявляется в судебной практике или по крайней мере есть основания для его обсуждения по мотивам одного из дел, рассмотренного после принятия комментируемого Постановления². Речь идет о ситуациях, когда суд

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 11 марта 2020 г. № 305-ЭС19-22240.

² См. определения СКЭС ВС от 16 января 2020 г. и от 25 февраля 2020 г. № 305-ЭС19-16954.

удовлетворяет требования истца о принятии обеспечительных мер (например, в виде ареста имущества) в условиях, когда истец полагает, что ответчики должны присуждаться к солидарному взысканию. При принятии обеспечительных мер суд не может еще определить характер отношений сторон, в частности, является ли обязательство солидарным. Но если это будет служить основанием для отказа в придании обеспечительным мерам такого характера, который соответствует солидаритету, то права кредитора не могут эффективно защищаться. Поэтому представляется обоснованной адаптация комментируемого разъяснения к принятию обеспечительных мер, но без преюдиции для решения по существу. Именно такой подход, на наш взгляд, обоснованно применен судом, который указал, что результат рассмотрения судебной коллегией ходатайства о принятии обеспечительных мер не предопределяет то, каким образом должны быть разрешены вопросы о размере субсидиарной ответственности каждого из лиц, в отношении которых судом установлены основания для привлечения к ответственности, а также о характере этой ответственности (солидарная или долевая)¹.

Из приведенных судебных актов затруднительно установить, каким образом должны исполняться исполнительные листы, выданные для применения ареста имущества в части его размера. Из характера солидарного отношения следует вывести и адаптацию разъяснения (правда, для этого более подходит предыдущий пункт) в том смысле, что имущество каждого из ответчиков подлежит аресту на полную сумму долга. В противном случае при удовлетворении иска исполнение решения суда в отношении полного взыскания долга с любого из солидарных должников может оказаться фактически затруднительным или невозможным. Между тем обеспечительные меры для того и принимаются, чтобы избежать указанных негативных последствий.

52. Согласно статье 324 ГК РФ солидарный должник не может ссылаться в качестве возражения на требование кредитора на то обстоятельство, что кредитор отказался от иска к другому солидарному должнику или простил ему долг. Вне зависимости от этих действий кредитора должник, исполнивший солидарную обязанность, получает регрессное требование, в том числе и к должнику, в отношении которого кредитор отказался от иска или которому он простил долг.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 16 января 2020 г. № 305-ЭС19-16954.

Вместе с тем по общему правилу поручитель вправе ссылаться на то, что кредитор простил долг должнику или отказался от иска к должнику (пункт 1 статьи 364 ГК РФ).

(а) Несмотря на то, что между возникновением обязательства и его прекращением исполнением имеется тот или иной темпоральный разрыв, в этот промежуток времени между сторонами зачастую не возникает никаких взаимодействий или они не влекут юридических последствий. Но немало и таких случаев, когда до исполнения обязательства совершаются определенные действия, которые оказывают соответствующее юридическое влияние на обязательственное отношение сторон. Однако сторона обязательства — фигура логическая, тогда как в действительности взаимодействуют между собой не стороны, а лица. Если в обязательстве на каждой его стороне участвует одно лицо, это воздействие затрагивает только этих лиц и дополнительного осложнения не возникает. При множественности лиц в обязательственных правоотношениях ситуация меняется, поскольку требует определения, насколько действие в отношении одного лица влияет на права и обязанности других лиц. Применительно к пассивному солидаритету это наглядно было проиллюстрировано в комментарии к предыдущему пункту в части исполнения обязательства одним из солидарных должников, которое влечет сообразное освобождение других солидарных должников. Действие совершено одним лицом, а правовое последствие возникло для всех лиц на стороне должника. Соответственно, если кредитор вознамерится получить исполнение от другого солидарного должника, без учета полученного по обязательству, солидарный должник защищен тем, что его обязательство прекратилось.

В обязательственном праве в отношении пассивного солидаритета принято различать частные (личные) возражения и общие. Соответственно, первые доступны только определенному должнику, а вторые — всем и каждому. Перечислить в законе все возможные исключения с определением их характера — дело нереалистичное, поэтому законодатель определяет лишь общий принцип для целей квалификации возражения. Согласно ст. 324 ГК в случае солидарной обязанности должник не вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует. Конкретизацию этих исключений, т.е. определение того, относится то или иное возражение к личному или общему, законодатель оставил заботе правоприменителя.

(б) В первом предложении комментируемого пункта Пленум отказывает одному из солидарных должников в наличии у него возражения, если кредитор простил долг другому должнику или отказался от иска к нему (прощенный должник).

Закон разрешает вопрос о допустимости возражений против требования кредитора, а Пленум конкретизирует это в отношении двух названных случаев. Однако ГК не касается вопроса внутренних (регрессных) отношений должников в условиях, когда один из должников не имел повода воспользоваться своим личным возражением против кредитора, а другой не вправе им воспользоваться, поскольку оно не является общим, а потому произвел исполнение кредитору. Пленум применительно к названным двум случаям заполняет пробел закона своей правовой позицией: должник, исполнивший солидарную обязанность, получает регрессное требование, в том числе и к должнику, в отношении которого кредитор отказался от иска или которому он простил долг. В пассивном солидаритете прощение долга не освобождает от регрессной обязанности.

Данная правовая позиция неоспорна, поскольку она достаточно гармонизирует интересы всех сторон. Приведем иллюстрацию. Допустим, в солидарном обязательстве участвуют два должника, получившие предоставление от кредитора и обязанные к встречному предоставлению. Кредитор заинтересован простить долг одному из солидарных должников, но не другому. Этот интерес не противоречит закону, а также интересу согласного на прощение долга солидарного должника. Однако другой должник в соглашении о прощении долга не участвует, а потому его права не должны пострадать. Видимо, это соображение и привело Пленум к суждению о том, что этот должник, исполнивший обязательство, не утрачивает своего регрессного требования к другому должнику, которому простили долг. Но в таком случае цель договора о прощении долга не достигается, ибо, хотя и по другому обязательству (регрессному), у прощенного должника выбывает соответствующее имущество. Пойдем дальше и предположим, что кредитор, ознакомившись с рассматриваемой правовой позицией, предпринимает шаги по ее адаптации к своим законным интересам. Несмотря на то, что он простил долг одному солидарному должнику, и учитывая, что другой должник не может на это ссылаться, кредитор требует с последнего полного исполнения. Не имея возражения против этого требования, должник учиняет исполнение, в связи с чем у него возникает регрессное требование к прощеному должнику в размере за вычетом доли, падающей на него самого. После этого кредитор про-

изводит исполнение по этому обязательству в качестве третьего лица (п. 1 ст. 313 ГК), чтобы освободить регрессного должника от долга. Имущественная цель прощения долга достигнута.

Получается, что правовая позиция Пленума вроде бы препятствует достижению тех имущественных последствий, которые могли бы возникнуть, если бы прощенный должник имел возражение против регрессного требования, но они легко достижимы другими юридическими средствами, хотя и более громоздкими.

Кажется, что гармонизацию отношений можно обустроить много проще. Для этого необходимо рассмотреть соотношение интересов всех лиц, участвующих в обязательстве. Вступая в солидарное обязательство, каждый должник ожидает достижения конечной цели реализации как внешних отношений (с кредитором), так и внутренних (между должниками). С учетом диспозитивного регулирования программа обязательства допускает такой сценарий, когда один из солидарных должников полностью исполнит обязательство, а затем по правилам о разверстке примет на себя падающую на него долю. Следовательно, было бы логичным и справедливым, если бы приводящее действие (например, рассматриваемый случай с прощением долга) повлекло такое же имущественное последствие, которое ожидается каждым участником. Прощеный должник вправе рассчитывать, что он не понесет издержек, поскольку падающая на него доля прощена кредитором, последний вправе рассчитывать на достижение своей цели — простить долг одному из должников, а исполнивший должник не имеет оснований избавиться от принятия на себя падающей на него доли, поскольку этот результат должен быть ожидаем для него согласно программе обязательства. Итак, надо отбросить лишнее и оставить необходимое. Если кредитор отказался от иска к солидарному должнику или простил ему долг, он вправе потребовать от других должников солидарного исполнения обязательства в совокупном размере падающих на них долей без регресса к прощеному должнику. Как было показано выше, кредитор может законными средствами прийти к такому результату, а потому его надо допустить, сократив никому не нужные дополнительные транзакции и нивелировав сопряженные с ними риски.

Однако рассматриваемая проблема имеет еще одно осложнение. Дело в том, что регрессное требование, по мнению судебной практики, возникает в размере, превышающем долю соответствующего должника (см. комментарий к следующему пункту), поэтому кажется, что описанная выше проблематика просто не имеет под собой никакой почвы.

Кредитор, прощая долг одному из должников, истребует от других должников падающие на них доли, а поэтому у них не возникает регрессных требований. Однако на самом деле это не решает проблему. Во-первых, чтобы исключить регресс к прощеному должнику, кредитору придется самому разверстать солидарный долг при наличии нескольких других должников, что умаляет его права. Во-вторых, само по себе правило, допускающее регресс только в случае превышения доли, вызывает серьезные сомнения, что будет обосновано в комментарии к следующему пункту.

(в) Нужно обратить внимание на один терминологический нюанс для устранения возможных сомнений в динамике и структуре регрессных отношений. Пленум выражается в том смысле, что должник, исполнивший солидарную обязанность, **получает** регрессное требование. Это словоупотребление не должно вводить в заблуждение относительно того, что названный должник получает требование от кого-то. Здесь нет места ни для перехода права, ни для правопреемства. Оставляя в стороне дискуссию о том, является ли регресс как таковой самостоятельной фигурой в обязательственном праве или это обобщенное понятие, обнимающее другие феномены (кондикция, суброгация, договорное требование), остановимся лишь на динамике отношений. Если один из солидарных должников исполняет обязательство (регредидент), то у него в силу этого юридического факта на основании закона возникает новое регрессное требование к другим солидарным должникам (регрессатам). Такой взгляд является общепринятым в обязательственном праве. Поэтому если и говорить о том, что регредидент получает регрессное требование, то надо понимать, что он получает его *ex lege* первоначальным, а не производным образом.

(г) В абз. 2 (последнем) комментируемого пункта Пленум вынужден сделать исключение из общей посылки об отсутствии возражений у регрессата против регредидента, если первый из них имеет личную эксцепцию против кредитора. Оно связано с поручительством и объясняется тем, что солидаритет, как было обосновано выше, не имеет единого правового режима (см. п. «а» комментария к п. 49 Постановления).

Солидарная обязанность поручителя по своему обязательству с кредитором является акцессорной. В данном случае применительно к прощению долга речь идет об акцессорности прекращения обязательства. Согласно п. 1 ст. 367 ГК поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Прощение долга должнику в основном обязательстве является основанием для его прекращения (п. 1 ст. 415 ГК). Соответственно, прекращается и обязательство поручителя.

Если же кредитор отказался от иска к должнику в основном обязательстве, то, согласно п. 4 ч. 1 ст. 150 АПК, абз. 4 ст. 220 ГПК, такой же процесс против должника в основном обязательстве не может иметь места. Следовательно, если процесс начат, должник вправе на основании указанных норм возражать против этого и требовать от суда прекратить производство по делу. Согласно п. 1 ст. 364 ГК поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник. Таким образом, поручитель может остановить процесс, начатый против него кредитором в данном случае, хотя в отношении поручителя истец никаких действий не совершал. В этой ситуации такие возражения солидарных должников являются общими.

По неясным причинам Пленум, трактуя как о прощении долга должнику в основном обязательстве, так и об отказе от иска к нему, приводит нормативное обоснование только в отношении последнего. При этом данное нормативное обоснование неверное, что не порочит, однако, справедливость самого разъяснения по существу. Дело в том, что когда обязательство поручителя прекращается по акцессорности, поручитель имеет собственное возражение против требования кредитора и ему нет необходимости прибегать к праву, предоставленному п. 1 ст. 364 ГК. Интересно отметить, что в другом, более позднем, своем разъяснении о поручительстве Пленум обоснованно разграничивает собственные возражения поручителя и предоставленные ему законом возражения должника¹, которыми он может воспользоваться, и также обосновано относит экцепцию поручителя о прекращении поручительства к его собственным возражениям².

Обращает на себя внимание, что разъяснение о возражениях поручителя сформулировано как общее правило. Стало быть, Пленум допускает исключения из него. Что касается возражений поручителя, которые мог бы представить должник и которые предусмотрены п. 1 ст. 364 ГК, а только на них и ссылается Пленум, то они не могут быть нивелированы. Согласно п. 5 той же статьи ограничение права поручителя на выдвигание возражений, которые мог бы представить должник, не допускается, а соглашение об ином ничтожно. Что касается противоречия между п. 1 данной статьи, который сформулирован как диспозитивный, и цитированными положениями п. 5, то, судя по всему, оно разрешается Пленумом в интересах поручителя³. Но и в от-

¹ См. п. 16 и 17 Постановления № 45.

² См. там же, п. 17.

³ См. там же, абз. 2 п. 16.

ношении случая прекращения поручительства в связи с прощением долга затруднительно помыслить себе реалистичные ситуации лишения поручителя возражений. Даже если стороны договора поручительства предусмотрят, что поручительство не прекращается при прекращении основного обязательства, то это будет означать, что имелось в виду не поручительство, а нечто иное. Ведь поручитель в такой ситуации, уплатив кредитору, не сможет возместить своих издержек за счет должника, разве что из его отношений с должником не следует иное.

53. По смыслу пункта 2 статьи 325 ГК РФ, если иное не установлено соглашением между солидарными должниками и не вытекает из отношений между ними, должник, исполнивший обязательство в размере, превышающем его долю, имеет право регрессного требования к остальным должникам в соответствующей части, включая возмещение расходов на исполнение обязательства, предусмотренных статьей 309.2 ГК РФ.

Если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа отношений между солидарными должниками, в отношениях между собой они несут ответственность в равных долях.

(а) Феномен солидарных обязательств, как уже упоминалось, включает внешнюю и внутреннюю стороны отношений. Соответственно, первая складывается между солидарными должниками и кредитором, а вторая — между самими солидарными должниками. Интересы сторон такого обязательства приводят к объективному искажению, поскольку должники вступают в такое обязательство, зачастую имея намерение разделить между собой финансовое бремя долга, а кредитор, напротив, не имеет намерения к такому разделению и вправе возложить всю тяжесть долга на одного из должников или на некоторых из них.

Исполнение, произведенное должником в адрес кредитора, причем неважно, полностью или в части, в ту же секунду влияет на имущественную сферу всех солидарных должников в совокупности. Ведь предполагаемая программа их отношений предусматривала разделение издержек внутри их множества, а их понес пока только один или несколько из них, но не все. Поэтому в задачу правопорядка входит установление общего правила выравнивания имущественных последствий произведенного исполнения. Эти правила часто именуют раскладкой, а мы предпочитаем термин «разверстка». Юридическим средством достижения названного выравнивания является регресс.

Центральное общее правило разверстки установлено подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК, согласно которому должник, исполнивший солидарную

обязанность, имеет право **регрессного** требования к остальным должникам **в равных долях за вычетом доли**, падающей на него самого. Регрессиент как бы разверстывает (разделяет) исполненное кредитору по числу солидарных должников на равные части (доли), вычитает одну часть, которую принимает на свой счет, а по остальным требует возмещения от каждого из солидарных должников (регрессатов) в его части. Приведем простейшую арифметическую иллюстрацию: три солидарных должника были обязаны к уплате 600 тыс. Один из них удовлетворил кредитора сполна. Он принимает на себя свою долю в 200 тыс. и, разверстывая оставшуюся сумму, предъявляет к другим двум регрессатам обратное требование по 200 тыс. к каждому. Это общее правило применяется, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум предпринимает ограничительное толкование общего правила о разверстке. Он считает, что право регрессного требования исполнивший обязательство должник имеет только тогда, когда размер исполненного им **превышает его долю**. Все обоснование этой правовой позиции сводится к тому, что такое понимание следует из смысла п. 2 ст. 325 ГК. Действительно, буквально нормы данного пункта ни о каком превышении доли не трактуют, да и со смыслом не все так просто.

Надо заметить, что законодатель в ст. 325 ГК придает значение тому факту, является ли исполнение полным или нет, однако это делается только в п. 1 названной статьи. Кажется, что если бы полноте доли в контексте ее превышения следовало придавать правовое значение, то законодатель отметил бы это тем или иным образом и в п. 2 ст. 325 ГК, однако этого не сделано.

Доля представляет собой математическую дробь, которая соотносится либо с фактически исполненным, либо с подлежащим исполнению. В подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК законодатель указывает на должника, исполнившего солидарную обязанность, т.е. речь идет о фактическом исполнении, никакого упоминания о подлежащем исполнению размере обязательства там нет. Более того, смысл рассматриваемой нормы следует определять с учетом цели обязательства. Солидаритет, образовавшийся по воле сторон, предполагает, что они стремились разделить бремя исполнения между собой. Сколько бы ни исполнил должник, он уже несет в этот момент названное бремя, а потому справедливо его разделить между всеми должниками.

Концепция Пленума вызывает сомнения также и потому, что она может привести к нарушению прав соответствующего солидарного

должника (регредидента). Это наблюдается в тех случаях, когда другие солидарные должники (регрессаты) так и не будут привлечены к исполнению обязательства. Допустим, что в обязательстве четырех солидарных должников, один из них уплатил 25% от подлежащего исполнению в целом, а впоследствии кредитор пропустил срок исковой давности к остальным должникам. Получается, что троим другим солидарным должникам посчастливилось заполучить предоставление от контрагента (кредитора) даром, а единственный, кто за него хоть что-то заплатил, — это регредидент, которому Пленум отказывает в защите. Кажется, что дальнейшие комментарии по этому казусу излишни, ибо *sapienti sat*.

Не менее пагубные последствия возникнут и при таком распространенном солидаритете, который возникает из договора поручительства. Например, обязательство обеспечено четырьмя поручителями совместно. Один из них уплачивает 25% от причитающегося кредитору по основному обязательству, а далее должник в основном обязательстве уплачивает кредитору оставшиеся 75%. Исполнивший свое обязательство поручитель, помимо полученного права к должнику в основном обязательстве по суброгации от кредитора, должен иметь регрессные требования к остальным трем поручителям в соответствующих долях (по 6,25%). В противном случае не достигалась бы цель совместного поручительства и вместо распределения обязанности она целиком ложилась бы на исполнившего поручителя. Отсюда последующее банкротство должника означало бы, что риск этого обстоятельства полностью ложится на одного из поручителей в силу того, что он был выбран среди других поручителей кредитором, тогда как риск должен быть разделен сопоручителями равным образом или согласно их договоренности в соответствующих долях. Насколько регредиденту поможет подп. 2 п. 2 ст. 325 ГК — большой вопрос, учитывая, что превышение доли не имело места, а также принимая во внимание, что должник в основном обязательстве к регрессатам не относится.

Поэтому доля, падающая на регредидента, должна определяться по размеру фактически им уплаченного, а не по размеру подлежащего исполнению, а регрессное требование возникает и перфекционируется сразу же по исполнению обязательства, в каком бы размере оно ни было учинено. Именно поэтому, согласно п. 3 ст. 200 ГК, по регрессным обязательствам течение срока исковой давности начинается со дня исполнения основного обязательства, а не с момента, когда такое исполнение превысит долю регредидента.

Однако, поскольку Пленум стоит на иных позициях, солидарным должникам следует позаботиться о своих правах самостоятельно,

предусмотрев иное регулирование в договоре. Тем более что Пленум с очевидностью против этого ничего не имеет, а напротив, *expressis verbis* устанавливает, что данное им разъяснение применяется, если иное не установлено соглашением между солидарными должниками и не вытекает из отношений между ними.

В разъяснении фигурирует выражение о праве регрессного требования к остальным должникам в **соответствующей части**. Из контекста следует, что речь идет о той части, которая составляет превышение доли от полного исполнения, которая падает на регредента. Например, если в обязательстве двух солидарных должников уплатить 10 млн один из них уплатил 6 млн, соответствующей частью будет регрессное требование в размере 1 млн. Такое понимание обнаруживается в практике применения комментируемого разъяснения¹.

(в) Следует обратить внимание на то, что размер регрессного требования регредента определяется в разъяснении с учетом его **расходов на исполнение обязательства**. При этом Пленум ссылается на ст. 309.2 ГК, согласно которой должник несет расходы на исполнение обязательства, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований.

В теории обязательственного права считается, что обратное требование определяется размером уплаченного, а для солидарных обязательств — по общему правилу за вычетом падающей на должника доли. Расходы на исполнение обязательства обычно принимаются должником на себя, что и следует из цитированной нормы. Никаких иных правил нормы о пассивном солидаритете не устанавливают. Надо понимать, что добавление расходов на исполнение также выводится из смысла п. 2 ст. 325 ГК. Поскольку Пленум стоит на концепции регресса от превышения доли, то, видимо, и в таких расходах необходимо определять соответствующую часть только тогда, когда указанная доля превышена.

Попробуем применить это разъяснение к примеру. Допустим, по солидарному обязательству двух должников кредитору причиталось 10 млн и они были перечислены ему безналичным платежом одним из должников. По условиям договора банковского счета регредента с обслуживающим его банком за безналичный перевод уплачивается комиссия в размере 0,1%. Должник понес расходы на исполнение

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 30 марта 2017 г. № 306-ЭС16-17647 и п. 16 Обзора судебной практики ВС № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС 12 июля 2017 г.).

в размере 10 тыс., тогда как если бы, исходя из внутренних отношений, каждый исполнил обязательство в своей доле, регредиент понес бы расходы на комиссию только в размере 5 тыс. Следовательно, получается, что последний вправе требовать с регрессата 5 млн и 5 тыс.

К этому надо добавить, что ст. 309.2 ГК призвана разрешить вопрос о том, на кого ложатся расходы по исполнению обязательства — на кредитора или на должника. Поэтому для кредитора не возникает никаких последствий от того, насколько разумными и необходимыми являются расходы должника, поскольку он их несет за свой счет. В случае, предусмотренном Пленумом, ситуация иная, регрессат может не знать и, как правило, не знает, каковы те или иные условия, определяющие расходы должника, однако они отчасти ложатся и на него. Поэтому есть основания полагать, что регредиент вправе рассчитывать на возмещение только разумных и необходимых расходов на исполнение, а не любых, которые ему заблагорассудится понести. Модернизируем для целей иллюстрации наш пример. Допустим, исполнивший обязательство должник имел счет и необходимые средства в другом банке, который обслуживает также и кредитора. По условиям договора банковского счета за переводы между клиентами банка комиссия не взимается. В таких условиях можно обсуждать, что понесенные расходы регредиента необоснованны.

(г) В абз. 2 (последнем) комментируемого пункта Пленум вычленяет из нормы закона положения, определяющие общие правила размера долей, падающих во внутренних отношениях на солидарных должников. Они являются **равными**, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа отношений между солидарными должниками. Здесь также проявляется деление отношений при солидаритете на внешние и внутренние, поскольку первые представляют собой солидарные обязанности (ст. 322 ГК), а вторые — долевые (ст. 321 ГК).

Бросается в глаза, что вместо законодательного выражения, обозначающего исключение из общего правила о разверстке, включая равенство долей, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками, Пленум использует другой оборот — если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа отношений между солидарными должниками. Зачем была сделана эта подмена терминологии, трудно предположить, но существенного различия в последствиях пока не усматривается, поскольку все, что названо в разъяснении, как раз и является тем самым иным, что может вытекать из отношений между солидарными должниками.

Не следует также придавать существенного значения употреблению Пленумом понятия ответственности («они несут ответственность»). Видимо, это понятие опять (см. п. «г» комментария к п. 50 Постановления) употреблено здесь в значении обязательства. Тот факт, что один из солидарных должников по своей инициативе, по требованию кредитора или по решению суда осуществил исполнение в пользу кредитора, не означает, что регрессаты нарушили какое-то обязательство, за что предусмотрена их ответственность. Обязанность регрессата ответственностью не является. Последняя наступит тогда и если, когда данная обязанность будет нарушена.

54. Внесение денежных сумм и ценных бумаг в депозит нотариуса в качестве исполнения обязательства должника перед кредитором допускается при наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 327 ГК РФ. Особенности исполнения отдельных обязательств внесением денежных средств или ценных бумаг в депозит нотариуса могут быть предусмотрены законом.

В соответствии с пунктом 1.1 статьи 327 ГК РФ соглашением сторон может быть установлено, что должник обязан производить исполнение путем внесения денежных средств или ценных бумаг в депозит нотариуса независимо от случаев, предусмотренных пунктом 1 этой статьи.

(а) Исполнение обязательства является процессом взаимодействия кредитора и должника, причем это взаимодействие осмысленное. Иными словами, стороны действуют по своей воле с намерением достигнуть цели обязательства. Таким образом, несмотря на иное доминирующее и ошибочное воззрение, исполнение является не только фактическим действием сторон, но и юридическим действием, направленным на достижение определенных программой обязательства правовых последствий.

Исполнение обязательства представляет собой не только действие должника, но и корреспондирующее ему действие кредитора. Причем это тоже действие не только фактическое, но и юридическое. Именно поэтому, например, дееспособность лица, принимающего исполнение, является необходимой, что для фактического действия значения не имело бы. Поскольку исполнение нуждается в проявлении тем или иным образом воли кредитора, оборот сталкивается с такими случаями, когда по тем или иным причинам необходимая надлежащая воля кредитора на принятие исполнения от должника отсутствует. Это может нарушать интересы должника, который стремится достигнуть

цели обязательства и освободиться от бремени долга. При просрочке кредитора правопорядок достаточно охраняет интересы должника, однако в ряде случаев последний заинтересован, чтобы обязательство считалось исполненным. Правила о *mora creditoris*, хотя и защищают интересы должника, такого эффекта произвести не могут. Ввиду защиты этого интереса правопорядок предусматривает институт депонирования, когда отсутствующую, но необходимую волю кредитора замещает публичный институт, а именно учреждение юстиции — нотариат. Смотря по своим предпочтениям, при наличии обстоятельств, предусмотренных п. 1 ст. 327 ГК, должник вправе выбирать, защищать ли свой интерес нормами о просрочке кредитора или прибегнуть к депонированию.

Депонирование неденежного исполнения затруднительно, поскольку требует оценки качества предоставления, проверки его соответствия другим условиям обязательства, издержек на хранение и т.п. Что же касается денежного исполнения, а также ценных бумаг, то здесь такого затруднения не возникает. Валюта платежа не может быть некачественной, если не вдаваться в схоластические «юридизмы», пустившись в непрагматичные рассуждения об испорченных купюрах. В любом случае нотариусу не составит большого труда принять надлежащее денежное исполнение, определив его сумму.

Депонирование предусматривается законом в качестве экстраординарного модуса исполнения обязательства, который не подлежит использованию, когда должник может исполнить обязательство обычным порядком.

В п. 1 ст. 327 ГК предусматривается, что должник вправе внести причитающиеся с него деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса, а в случаях, установленных законом, в депозит суда — если обязательство не может быть исполнено должником вследствие:

- 1) отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено;
- 2) недееспособности кредитора и отсутствия у него представителя;
- 3) очевидного отсутствия определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами;
- 4) уклонения кредитора от принятия исполнения или иной просрочки с его стороны.

Поскольку депонирование ценных бумаг является относительно редким явлением, далее в комментариях в основном речь пойдет о денежных средствах. Внесение денежных средств в депозит суда в качестве

исполнения обязательства законом не предусмотрено¹, а потому этот аспект также не будет затрагиваться.

(б) В первом предложении комментируемого пункта Пленум акцентирует внимание судов на том, что депонирование допускается в случаях, предусмотренных цитированной выше нормой. Это суждение логически выводится из соотношения п. 1 ст. 327 ГК и п. 1 ст. 309 ГК. Коль скоро обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, должник по общему правилу не вправе производить исполнение в депозит нотариуса, но общая норма о депонировании в определенных границах предоставляет ему такое право. Следовательно, за пределами законодательного управомочия депонирование не допускается.

Сам текст п. 1 ст. 327 ГК не предусматривает, что депонирование может устанавливаться другими нормами. Однако это не имеет значения, поскольку если тот или иной закон, включая ГК, да и саму ст. 327 ГК, установит допустимость депонирования, то отсутствие одного из четырех общих его оснований в силу принципа *lex specialis derogat generali* не воспрепятствует действию специальной нормы, а суждение судебной практики об исчерпывающем перечне депонирования, установленном в ст. 327 ГК, не соответствует действительности². Пленум обращает внимание на то, что законом могут устанавливаться **особенности депонирования по отдельным обязательствам**, но прежде всего надо сказать, что законом должнику по отдельным обязательствам может быть предоставлено право на депонирование (специальное основание), несмотря на то, что отсутствуют общие основания для этого. При этом само депонирование может и не обладать какими-то особенностями. Развитие законодательства демонстрирует увеличение числа таких случаев.

(в) Пленум, заострив внимание судов на том, что депонирование **допускается** при наличии обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 327 ГК, не предусмотрел, что из этого следует в случае, когда депонирование произведено при отсутствии указанных обстоятельств. Из законодательства вытекает, что нотариус не имеет компетенции проверять наличие данных обстоятельств. Отсюда с неизбежностью следует, что не преминут возникнуть случаи неосновательного депонирования. Буквального ответа на вопрос, какие последствия наступают в этом случае, ст. 327 ГК не содержит.

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 5 августа 2015 г. № 310-ЭС15-9200.

² См.: Постановление Президиума ВАС от 3 декабря 2002 г. № 2430/02.

Возможно, разработчики текста разъяснения не коснулись ответа на данный вопрос ввиду того, что он лежит на поверхности. Безосновательное депонирование не является надлежащим исполнением, а потому никакого влияния на отношения сторон не оказывает¹. Вместе с тем, естественно, придется сделать исключение для такого случая, когда безосновательно депонированное будет получено кредитором, хотя это само по себе не исключает ответственности за нарушение обязательства должником, например, за просрочку. Но обязательство в такой ситуации следует считать прекращенным, хотя и ненадлежащим исполнением.

Наличие предусмотренных законом оснований депонирования оценивается на момент такого депонирования. Однако при этом следует учитывать принцип разумности и субъективной добросовестности. Например, если должник на момент депонирования не знал и не мог знать, что названные основания оппали, обязательство следует считать прекращенным. Скажем, если должник внес исполнение нотариусу в тот день, когда недееспособному кредитору был назначен опекун, то в его действиях нет никакой упречности, а потому невыгоды от депонирования следует возложить на кредитора.

(г) Столь присущий многим обязательствам темпоральный разрыв sinalлагмы, когда исполнение одной стороны осуществляется первым, а исполнение другой стороны спустя некоторое время должно быть сделано во вторую очередь, неизбежно создает риск, который правопорядок может снизить. Каждая из сторон зачастую опасается сделать первый шаг: передав свое исполнение, можно не получить встречного предоставления. В этом аспекте достаточно характерным является договор купли-продажи недвижимости. Продавец опасается совершить действия по регистрации перехода прав на недвижимую вещь, поскольку может лишиться ее и не получить денег. Покупатель, в свою очередь, опасается уплатить покупную цену, не получив титула собственника. Одним из способов снижения указанного риска является отношение, подобное **условному депонированию (эскроу)**, соединенное с институтом нотариата (нотариальное эскроу). Нотариус может выступить своего рода посредником (агентом) для обеих сторон и обеспечить фактический и юридический эффект выполнения sinalлагмы. Упрощенно функционал этой модели выглядит так: покупатель вносит (перечисляет) денежные средства нотариусу, последний выдает

¹ См. постановления Президиума ВАС от 21 августа 2001 г. № 1194/99; от 23 июня 2009 г. № 4651/09.

их продавцу только после регистрации перехода права собственности на недвижимость.

До реформы ГК российскому законодательству не была известна такая модель договора, как условное депонирование, тогда как она позитивно зарекомендовала себя в некоторых иностранных правопорядках. После реформы кодификация пополнилась этим новым видом договора (гл. 47.1 ГК). Кроме того, развитию подверглись и нормы о депонировании. Первоначально это выразилось в дополнении положений ст. 327 ГК новым пунктом – п. 1.1, который предусматривал, что соглашением между кредитором и должником может быть предусмотрена обязанность должника исполнить обязательство по передаче денег или ценных бумаг путем внесения долга в депозит нотариуса. Она действовала до 1 июня 2018 г., а затем была заменена более соответствующим принципам нотариата и систематике ГК новым положением п. 4. Он предусматривает, что в случае передачи нотариусу на депонирование движимых вещей (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг на основании совместного заявления кредитора и должника к таким отношениям подлежат применению правила о договоре условного депонирования (эскроу), поскольку иное не предусмотрено законодательством о нотариате и нотариальной деятельности.

(д) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум излагает содержание прежнего п. 1.1 ст. 327 ГК с одним важным добавлением. Предусматривается, что нотариальное эскроу применяется **независимо от случаев, предусмотренных п. 1** данной статьи. Несмотря на изменение закона, суждение Пленума остается актуальным по существу и в отношении новой нормы. Действительно, расчеты сторон «через нотариуса», т.е. с использованием нотариального эскроу, не имеют никакого отношения к общим случаям депонирования. Последние обусловлены тем, что на стороне кредитора отсутствует надлежащая воля на принятие исполнения. Нотариальное эскроу, напротив, используется по совместной воле сторон, выраженной в их заявлении нотариусу и, по существу, определяющей модус исполнения обязательства. Таким образом, данный способ исполнения, хотя и является особенным, не представляет собой никакой экстраординарности.

К сожалению, Пленум не имел возможности дать разъяснение по впоследствии появившемуся п. 4 ст. 327 ГК. Главное здесь в том, чтобы утвердиться в понимании недопустимости произвольного возврата депонированного должником при нотариальном эскроу. Исходя

из цели законодательного регулирования, данный вид депонирования устанавливается для предоставления гарантий кредитору в получении оплаты за переданное контрагенту (должнику) предоставление. Поэтому совершенно очевидно, что п. 3 ст. 327 ГК не применяется к депонированию, учиненному на основании п. 4 той же статьи. Должник не вправе возвратить депонированное произвольно. Если по условиям обязательства кредитор по денежному требованию, являющийся одновременно должником своего контрагента, не исполнит свое обязательство, должник вправе потребовать возврата депонированного с учетом положений ст. 926.8 ГК.

Несмотря на всю очевидность недопустимости произвольного возврата должником депонированного по нотариальному эскроу, молчание судебной практики в этом отношении влечет соответствующие юридические риски, в том числе связанные с гипертрофированным позитивизмом. Поэтому бенефициару (кредитору) следует озаботиться подачей заявления о получении денежных средств, несмотря на всю избыточность этого действия, чтобы получить правовую опору в установленной правовой позиции Пленума (см. последнее предложение п. 55 Постановления).

55. Согласно пункту 2 статьи 327 ГК РФ внесение денежной суммы или ценных бумаг в депозит нотариуса или суда считается исполнением обязательства, о чем нотариус или суд, в депозит которого внесены деньги или ценные бумаги, извещает кредитора.

Переданные в депозит нотариуса денежные средства и ценные бумаги считаются принадлежащими кредитору с момента получения им указанного имущества из депозита. При этом нотариус не вправе возвращать названные денежные средства и ценные бумаги должнику, если от кредитора поступило заявление об их получении.

(а) Как уже было обосновано в комментарии к предыдущему пункту Постановления, для того чтобы обязательство являлось исполненным, кредитор должен тем или иным образом проявить свою волю на принятие предложенного должником предоставления. В отсутствие таковой правопорядок замещает ее институтом нотариата, создавая фикцию исполнения обязательства; последнее **считается** исполненным. Это позволяет рассматривать программу обязательства выполненной со всеми вытекающими отсюда юридическими последствиями. Например, при передаче товара с условием о сохранении права собственности за продавцом до его оплаты (ст. 491 ГК) должник (покупатель)

становится собственником; прекращение обязательства исполнением позволяет прекратить по акцессорности соответствующие обеспечения; должник снимает с себя риск недобросовестных действий кредитора, который, уклоняясь от получения исполнения, пытается добиться возбуждения дела о его несостоятельности; блокируется секундарное право на отказ от договора по просрочке или на расторжение договора¹ и т.п.

Поскольку депонирование производится в интересе кредитора и для него, нотариус законом обязывается известить об этом кредитора, хотя и не должен производить его розыск².

Абзац 1 комментируемого пункта представляет собой непонятно зачем предпринятое объединение двух абзацев п. 2 ст. 327 ГК и не содержит никакого разъяснения. Однако за счет этой бессмысленной метаморфозы получившаяся редакция приводит к нелепице, ибо текстуально выходит, что нотариус извещает кредитора о том, что обязательство считается исполненным. Остается надеяться, что профессиональная подготовка нотариусов обеспечит корректное извещение кредиторов. Впрочем, даже в противном случае кредитор, получивший извещение нотариуса о том, что определенное обязательство считается исполненным, как-нибудь сообразит, что ему пора получать депонированное, ну а в крайнем случае юристы с легкостью разгадают этот ребус и проконсультируют непонятливого кредитора.

(б) Для европейской правовой традиции исторически характерны очень сложные и обширные нормы о депонировании, в том числе допускающие в некоторых правопорядках различать два вида депонирования — с правом возврата внесенного в депозит и без такового. Напротив, для традиции российского материального права произвольный возврат должником депонированного никогда не был известен. Однако это не составляло большой проблемы, поскольку нотариальные процедурные правила, по существу, предопределяли и права в отношении депонированного. Статьей 88 Основ законодательства о нотариате до ее изменения предусматривалось, в частности, что возврат денежных сумм и ценных бумаг лицу, внесшему их в депозит, допускается лишь с письменного согласия лица, в пользу которого сделан взнос, по соглашению между должником и кредитором или по решению суда.

¹ См. п. 9 информационного письма Президиума ВАС от 5 мая 1997 г. № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров».

² См. п. 4 Обзора судебной практики ВС за второй квартал 2012 г. (утв. Президиумом ВС 10 октября 2012 г.).

В правовых системах, где обнаруживался дуализм депонирования, последовательно проводился принцип: если должник вправе вернуть депонированное, обязательство не считается исполненным, пока кредитор не получит причитающегося; если должник отказался от этого своего права, обязательство считается исполненным.

Реформа ГК повлекла появление в его ст. 327 совершенно несбалансированной модели депонирования, которая ставит под сомнение эффективность самого института депонирования. Согласно п. 3 данной статьи во всякое время до получения кредитором денег или ценных бумаг из депозита нотариуса либо суда **должник вправе потребовать возврата** ему таких денег или ценных бумаг, а также дохода по ним. В случае возврата должнику исполненного по обязательству должник не считается исполнившим обязательство.

Помимо концептуальной непригодности данного законоположения, в этой норме представлен ряд странных мелких деталей. Во-первых, это какой-то неуместный конституционный слог — «во всякое время» (ночью?), удивительно как не добавили к этому «каждый должник вправе». Во-вторых, это право должника при возврате ему денег или ценных бумаг потребовать также и доходов по ним. Кто именно должен добывать эти доходы, не уточняется, но нотариусы могли бы опасаться известного прочтения. Почему эти доходы истребуются только при возврате и кому они причитаются при получении депонированного кредитора? Почему кредитор и должник поставлены в неравное положение относительно этих пресловутых доходов?

Но главное, конечно, не в этом. Институт депонирования в таком виде совершенно игнорирует интересы кредитора, хотя депонирование производится для него. Тот факт, что фикция исполнения отменяется при возврате полученного, влечет появление возможностей для всяких злоупотреблений со стороны должника. Так, например, пока фикция исполнения действует, обременения в виде обеспечения подлежат прекращению по аксессуарности, но после отмены фикции неочевидно, что они восстанавливаются, даже если это и так, то их эффективность может пострадать. Извещенный нотариусом неторопливый кредитор, отправившись за получением депонированного для него исполнения, может оказаться у «разбитого корыта», когда выяснится, что должник «во всякое время» изъял деньги обратно, обеспечение прекращено, обязательство не считается исполненным, и хорошо еще, если не истекла исковая давность¹. Одним словом, избыточный проредиторский

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 10 июня 2021 г. № 306-ЭС21-733.

уклон налицо, а рассматриваемая новелла по праву может заслужить призовое место среди не самых удачных законодательных изменений ГК. Она демонстрирует непонимание дифференциации двух моделей депонирования, упомянутых выше.

Предшествующая реформе практика позволяет догадываться, в чьих интересах и с чьей подачи было предпринято внесение соответствующей поправки к первоначальному проекту ГК, не знавшего такого правила. Можно предположить, что это было сделано в корыстных интересах крупных акционеров, которые возникают при выкупе акций у акционеров, в том числе при так называемом сквиз-ауте (*squeeze-out*). Согласно п. 4.1 ст. 76, п. 7 и 7.1 ст. 84.8 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» при выкупе акций у акционеров и при отсутствии информации о банковских счетах акционера соответствующее лицо обязано перечислить денежные средства за выкупаемые ценные бумаги в депозит нотариуса по месту нахождения публичного общества. Чаще всего акционеры, у которых выкупаются акции, являются миноритариями, если не сказать микроакционерами, в том смысле, что сумма выкупа нередко ничтожно мала для каждого из них в отдельности. Поэтому у таких бывших акционеров просто-напросто нет интереса обращаться за получением депонированных сумм, что вообще может обернуться для них еще большими издержками. Однако для должника неостребованная сумма в совокупности выглядит вполне привлекательной, отсюда и соответствующий интерес ее вернуть.

Не касаясь оценки справедливости самого права такого должника на возврат депонированного, отметим лишь, что если целью пролоббированной новеллы являлся именно этот интерес, то в любом случае его следовало бы реализовывать в корпоративном законодательстве, а не делать общей нормой, которая ударила по интересам всех кредиторов вообще.

Исправить ситуацию могла бы ст. 88 Основ законодательства о нотариате, но с 1 июня 2018 г. она действует в другой редакции, согласно которой по общему правилу возврат денежных сумм и ценных бумаг лицу, внесшему их в депозит, допускается **по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством**, или по решению суда, т.е. отсылает к ст. 327 ГК.

(в) В абз. 2 комментируемого пункта Пленум подходит к изложенной в предыдущем пункте проблематике. Однако нельзя сказать, что ему удалось сгладить ошибочность законодательного регулирования.

В первом предложении разработчики текста разъяснения задались вопросом, кому принадлежат денежные средства и ценные бумаги **с момента получения** их кредитором из депозита нотариуса. Трудно понять, какие сомнения могут возникать на этот счет, особенно если представить себе удачливого кредитора, получившего у нотариуса деньги и весело идущего в погожий денек по улице города домой или по такому счастливому случаю еще куда-нибудь. Кому же принадлежат эти деньги? Ясно, что они кредитору и принадлежат, ибо должник не успел «во всякое время» вернуть депонированное. У кого может возникнуть по этому поводу вопрос, представить сложно.

Несколько сложнее ответить на вопрос о правовом режиме депонированного, пока оно не получено кредитором и не возвращено должнику. Быть может, изначально и предполагали прояснить всю картину в целом, но потом по неизвестным нам причинам фрагмент о правовом режиме находящихся в депозите нотариуса средств был исключен и остался только тот, который трактует о принадлежности полученного кредитору.

Так или иначе, действующее разъяснение определяет лишь принадлежность полученного кредитором имущества, как выражается Пленум. Оно **считается** принадлежащим кредитору с момента **получения** указанного имущества из депозита.

В отношении этой терминологии также можно выпустить несколько критических стрел. Если кредитор получил из депозита нотариуса наличные денежные средства или документарные ценные бумаги, например векселя, то они не считаются, а являются его собственностью. Употребление здесь термина, характерного для юридической фикции («считаются») представляется не самым лучшим выражением. Что касается получения **имущества**, то если имелся в виду приведенный нами случай (наличные деньги и документарные ценные бумаги), то такое выражение корректно. Но в настоящее время все чаще расчеты, включая расчеты граждан, осуществляются в безналичной форме, поскольку это безопаснее. В этом аспекте говорить о принадлежности денежных средств можно разве что условно, понимая при этом, что нотариус перечисляет депонированные денежные средства на банковский счет кредитора, а сами денежные средства, являясь результатами арифметических операций, лишь определяют размер требования владельца счета к банку. Поэтому под получением имущества следует понимать в действительности возникновение прав требований к банку по договору банковского счета в отношении суммы, ранее депонированной на депозите нотариуса.

(г) Как уже отмечалось, Пленум по каким-то причинам не стал давать правовую квалификацию депонированного на депозите нотариуса, а потому придется это сделать в данном комментарии.

Правовой режим депонированных денежных средств действительно отличается некоторой сложностью или по крайней мере необычностью, особенно при нотариальном эскроу. Но начать надо с рассмотрения депонирования по основаниям, предусмотренным п. 1 ст. 327 ГК.

Наличные денежные средства, депонированные нотариусу, последний должен внести на свой публичный депозитный счет не позднее следующего рабочего дня после дня принятия наличных денег (ч. 6 ст. 87 Основ законодательства о нотариате), а депонирование безналичным переводом осуществляется непосредственно на указанный счет нотариуса (ч. 7 той же статьи). Таким образом, о принадлежности денежных средств кредитору или должнику говорить вообще не приходится. Эти средства определяют лишь размер требования владельца счета (нотариуса) к банку. Должник и кредитор имеют права требования в отношении нотариуса, а в отношении банка никаких прав не имеют, поскольку в обязательственном отношении с ним не состоят.

При нотариальном эскроу с учетом распространения на эти отношения правил об условном депонировании говорить о принадлежности депонированного также можно лишь условно. Здесь также образуется двухуровневая структура правовых связей. Первый уровень образуется из отношений между кредитором и должником, с одной стороны, и нотариусом — с другой стороны. Кредитор имеет право потребовать перечисления или выдачи депонированного в свою пользу, равно как должник имеет право потребовать возврата депонированного. Второй уровень образуется за счет правовой связи нотариуса и банка в их отношениях по договору публичного депозитного счета. Владелец счета (нотариус), получив надлежащее требование от кредитора или должника, дает соответствующее платежное поручение банку, который обязан перечислить сумму денежных средств получателю.

С учетом изложенного, если и отыскивать в правовом режиме депонированного на депозитном счету нотариуса того, кому принадлежат денежные средства, то окажется, что это банк, который при этом имеет обязанность перечислить соответствующую сумму по указанию владельца счета.

(д) В последнем предложении комментируемого пункта Пленум пытается смягчить крайне продебиторский уклон п. 3 ст. 327 ГК, но предусмотренное им средство не представляется достаточно эффективным. Речь идет о поступлении **заявления кредитора** нотариусу

о получении депонированного имущества. В этом случае нотариус не вправе возвращать его должнику.

Неуместное начало предложения «при этом» следует игнорировать, поскольку оно с очевидностью не может относиться к предыдущему предложению, в котором описана ситуация, когда кредитор уже получил депонированное, а потому его заявление о получении взноса просто некуда будет приладить. Это пресловутое и любимое нами, юристами, «при этом» мы часто вставляем, куда ни попадя. В данном же случае оно имеет иное значение — несмотря на право должника возвратить депонированное, нотариус не должен этого делать, если от кредитора поступило заявление о получении депонированного.

С учетом оснований депонирования сценарий развития событий, описанный Пленумом, конечно, возможен, но едва ли реалистичен, по крайней мере в ближайшее время после депонирования, что дает должнику достаточно времени для возврата взноса.

Если говорить об отсутствии кредитора в месте исполнения обязательства, то едва ли стоит надеяться на оперативную реакцию кредитора, с тем чтобы ожидать от него направления заявления нотариусу о его желании получить депонированное, поскольку препятствием для этого могут служить те же обстоятельства, которые не позволили ему присутствовать в месте исполнения обязательства.

В случае недееспособности кредитора полученное от него заявление не может иметь правового значения. Следовательно, такое заявление если и можно ожидать, то только после появления у кредитора представителя, если, конечно, ему удастся выявить наличие обязательства, либо после обретения дееспособности самим кредитором.

В случаях очевидного отсутствия определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами, было бы странным придавать значение заявлению того или иного лица, коль скоро неизвестно, является ли он кредитором или нет. Причем и в этом случае состояние неопределенности может продолжаться достаточно долго.

Что же касается уклонения кредитора от принятия исполнения, то, может быть, такой кредитор и не заслуживает особой заботы в отношении сохранения депонированного, но в любом случае ожидать от него в скором времени подачи такого заявления также нереалистично. Ведь если он предпочитает не принимать исполнение, то скорее будет рассчитывать, что должник вернет депонированное и обязательство не будет считаться исполненным, чего он и добивается.

Таким образом, рассматриваемая правовая позиция мало чем может помочь в исправлении положения дел, сложившегося из-за дефектной нормы. Тем не менее дееспособным кредиторам, а также представителям недееспособных кредиторов следует немедленно подать названное Пленумом заявление, чтобы заблокировать право должника на возврат депонированного, как только они выяснят наличие такового, поскольку ничего лучшего правопорядок им предложить не может.

(е) Первоначальный проект Постановления Пленума содержал еще один пункт, связанный с возвратом депонированного. Он предусматривал, что в случае возврата должнику по его требованию денежных средств или ценных бумаг из депозита нотариуса или в соответствии с процессуальным законодательством — из депозита суда должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные тем, что денежные средства или ценные бумаги были возвращены должнику из депозита нотариуса или суда (ст. 15, п. 3 ст. 307, ст. 393 ГК).

Ясно, что разработчики этого текста стремились сбалансировать кредиторский уклон п. 3 ст. 327 ГК, однако сделано это было негодными средствами. Поэтому исключение данной проектируемой правовой позиции является обоснованным. Дело в том, что отмена фикции исполнения обязательства при возврате взноса должником означает, что обязательство оказывается неисполненным с самого начала его нарушения, как будто никакого депонирования не было. Следовательно, должник впадает в просрочку, причем ретроспективным образом. Если должник депонировал исполнение после просрочки, то она **продолжается** не с момента возврата депонированного, а с того момента, когда она наступила по условиям обязательства. Если должник не впадал в просрочку до момента депонирования, то и она **начинается** согласно условиям обязательства, а не с момента возврата соответствующего исполнения из депозита нотариуса. При этом для применения мер ответственности могут иметь значение причины, по которым должник оказался в просрочке, в частности, если гражданин к моменту исполнения оказался недееспособным, например, вследствие психического расстройства, то в этом нет его вины, а потому о его ответственности говорить не приходится.

(ж) Установив обязанность нотариуса воздержаться от возврата депонированного при наличии заявления кредитора о получении депонированного, Пленум не предусмотрел, каковы последствия нарушения этой обязанности. Здесь нет особой сложности: в случае неправомерного возврата депонированного должнику подлежат применению общие нормы ст. 17 Основ законодательства о нотариате. Так, согласно ч. 1 названной статьи нотариус, занимающийся частной практикой,

несет полную имущественную ответственность за вред, причиненный по его вине имуществу гражданина или юридического лица в результате совершения нотариального действия с нарушением закона, если иное не установлено настоящей статьей.

56. В случае начисления дохода на переданные в депозит нотариуса денежные средства или по переданным в депозит нотариуса ценным бумагам право на получение такого дохода за период их нахождения в депозите принадлежит кредитору, получившему денежные средства или ценные бумаги из депозита. В случае возврата внесенных в депозит нотариуса денежных средств или ценных бумаг должнику по его требованию (пункт 3 статьи 327 ГК РФ) право на получение указанного дохода принадлежит должнику.

(а) В данном пункте Пленум обращается еще к одной новелле п. 3 ст. 327 ГК, касающейся дохода по депонированным денежным средствам и ценным бумагам. Сформулированная здесь правовая позиция примечательна двумя аспектами. Прежде всего разъяснение буквально несколькими словами дает понять, что доход не является имманентно присущим депонированию. Следовательно, право на его получение возникает только **в случае начисления дохода**.

Пленум не стал вдаваться в подробности с определением источников такого дохода, поскольку для целей рассматриваемой нормы это не имеет принципиального значения. Если имеет место такой юридический факт, как начисление дохода, то возникает право на его получение, если такового факта не имело места — право не возникает.

Доход может причитаться как в отношении депонированных денежных средств на банковском счете, так и в отношении ценных бумаг, что требуется рассмотреть отдельно.

(б) В отношении дохода по депонированным денежным средствам необходимо принимать во внимание следующее. Поскольку Пленум оперирует понятием «**начисление дохода**», это порождает некоторую неопределенность. Доход по денежным средствам в рассматриваемой сфере отношений выражается в процентах. На момент принятия комментируемого Постановления ГК не была известна такая разновидность договора банковского счета, как договор публичного депозитного счета. Из действующей на момент принятия комментируемого Постановления редакции Правил нотариального делопроизводства (п. 158)¹ следовало,

¹ См.: Приказ Минюста России от 16 апреля 2014 г. № 78 «Об утверждении Правил нотариального делопроизводства».

что нотариус открывал банковский счет (понятие «депозитный счет» не было в то время известно ГК). Из п. 1 ст. 852 ГК следует, что, смотря по условиям договора банковского счета, проценты за пользование денежными средствами, находящимися на банковском счете клиента, могут уплачиваться банком или нет. Однако в том случае, когда они предусмотрены, проценты могли начисляться, но не уплачиваться, если предъявленное к зачету на основании ст. 853 ГК требование об уплате услуг банка оказывалось большим, чем размер начисленных процентов. Таким образом, словоупотребление Пленума о начислении дохода надо воспринимать корректно и не отождествлять его с начисляемыми процентами. Если нотариус имеет право на **проценты, подлежащие выплате** за пользование соответствующей суммой депонированного, то возникает право на получение начисленного дохода у кредитора либо должника.

В условиях действующего регулирования определение начисленного дохода должно учитывать положение п. 3 ст. 860.13 ГК, согласно которому выплата депонированных для бенефициара денежных средств, а также их возврат депоненту осуществляется с учетом уплаченных или подлежащих уплате банком процентов за период с момента поступления депонированных денежных средств на публичный депозитный счет до их выплаты бенефициару или возврата депоненту за вычетом вознаграждения, причитающегося банку по договору публичного депозитного счета.

При этом как в условиях прежнего регулирования, так и по действующему праву обладатель притязания на получение начисленного дохода не имеет информации, равно как и формализованных нормативных оснований получить данные о том, начислен доход на депонированную сумму или нет. Удивительно, но Минюст России, внося изменения в указанный выше нормативный акт, ни словом не обмолвился о доходе, несмотря на то, что ему должно было быть известно о правовой позиции Пленума и точно было известно об изменении ГК.

Несмотря на всю специфику отношений нотариуса с участниками депонирования, они являются имущественными и относительными, а потому справедливо распространить на них п. 3 ст. 307 ГК, по смыслу которого нотариус обязан раскрыть условия договора банковского счета о начислении процентов. В противном случае право на доход становится иллюзорным и зависит исключительно от произвольного усмотрения нотариуса.

(в) Относительно ценных бумаг следует учитывать их деление на документарные и бездокументарные. В отношении документарных ценных бумаг наиболее практичным, наверное, будет обратиться

к векселю. Думается, что по такому виду ценных бумаг начисленный доход в принципе у нотариуса не может появиться, поскольку для получения платежа по векселю требуется его предъявление, а у нотариуса нет такой компетенции.

Что касается бездокументарных ценных бумаг, то начисление дохода может иметь место. Согласно п. 9 ст. 8.2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» по депозитному лицевому счету (депозитному счету депо) осуществляется учет прав на ценные бумаги, переданные в депозит нотариуса или суда. Лицо, которому открыт депозитный лицевой счет, включается в список зарегистрированных лиц, составляемый для осуществления права на получение доходов и иных выплат по ценным бумагам.

Следовательно, при обращении должника за совершением нотариального действия в виде принятия в депозит нотариуса бездокументарных ценных бумаг нотариус обязан открыть соответствующий депозитный счет депо, на который должник зачисляет соответствующие ценные бумаги. Если впоследствии в отношении этих бумаг нотариусу будет причитаться доход (дивиденды, купоны), возникает право на получение этого дохода и обязанность нотариуса его выплатить.

Особенностью ценных бумаг является то обстоятельство, что они могут не только приносить доход, но и преобразовываться в другие финансовые авуары (конвертация, выкуп, амортизация и т.п.). Естественно, все, что причитается нотариусу, подлежит выдаче управомоченному лицу.

По аналогии с п. 3 ст. 860.13 ГК при выплате дохода по ценным бумагам вычитается плата за обслуживание по депозитному счету депо. Сложнее обстоит дело, если нотариусу депонированы ценные бумаги, которые дохода не приносят или он недостаточен, чтобы покрыть расходы на ведение депозитного лицевого счета. Это осложняется еще и тем, что на момент депонирования ценных бумаг неизвестно, какое время они будут учитываться на счете депо нотариуса и, соответственно, какие расходы понесет нотариус, уплачивая вознаграждение за ведение данного счета. Произвольное или приблизительное установление нотариального тарифа за депонирование ценных бумаг без учета расходов нотариуса по лицевому счету представляется недопустимой практикой.

К слову сказать, расходы участников гражданского оборота при депонировании и исполнении нотариусу урегулированы ненадлежащим образом. Что касается расходов нотариуса при депонировании, то, кроме приведенной нормы, они никак не регулируются. Что касается

пошлины, уплачиваемой при депонировании, она взимается с должника, что неверно, поскольку причина депонирования обнаруживается в лице кредитора, а не должника.

Все было бы намного проще, если бы нотариус удерживал пошлину и другие свои расходы с того, кто получает депонированное или при перечислении в казну на основании ч. 8 ст. 87 Основ законодательства о нотариате. При этом, если доходы от ценных бумаг не покрывают расходы нотариуса на ведение счета депо и размер пошлины, нотариус вправе приостановить передачу ценных бумаг управомоченному лицу до возмещения этих расходов и уплаты пошлины, а если они не будут уплачены в разумный срок, реализовать необходимую часть ценных бумаг для целей покрытия таких расходов и уплаты пошлины. Однако все это можно обсуждать только *de lege ferenda*.

(г) Как уже отмечалось, новелла п. 3 ст. 327 ГК является весьма неудачной, к тому же ее умудрились сформулировать таким образом, что она могла бы рассматриваться как неконституционная норма. Дело в том, что по ее буквальному значению рассматриваемый доход причитается только должнику при возврате депонированного. Впрочем, последнее понятно, если принять версию об истинных мотивах такой новеллы, которая нужна, чтобы вернуть из депозита невостребованные при выкупе акций денежные средства. Пленум исправляет этот очевидный недостаток. Правовая позиция разъяснения может быть сведена к такому принципу: доход по депонированному разделяет юридическую судьбу самого депозита. Кому причитается депонированное, тому следует и доход. Это соответствует общему характерному для обязательственного права решению, когда дополнительные права (например, право на проценты) следуют за главным правом — основным долгом.

Пристальное внимание к тексту разъяснения позволяет увидеть различие в описании прав кредитора и должника в отношении обсуждаемого дохода. В отношении первого упоминается право, которое принадлежит кредитору, **получившему** денежные средства или ценные бумаги из депозита. В отношении второго упоминается **право на получение** указанного дохода. При желании здесь можно усмотреть, что кредитор сначала должен получить депозит и лишь затем у него возникнет право на доход, а должник имеет это право изначально уже при возврате ему депозита. Трудно поверить в то, что Пленум, только что устранив неравенство кредитора и должника, порожденное дефектной нормой закона, следующим ходом сам устанавливает ее. Для такого различия в реализации права на доход нет никаких оснований.

Тем не менее темпоральный разрыв в получении депозита и дохода по нему в самом деле может иметь место, однако это одинаково действует как в отношении кредитора, так и в отношении должника. В этом аспекте действительно будет вполне корректно говорить о реализации права на доход получившего денежные средства или ценные бумаги кредитора или должника. Речь идет о таких ситуациях, когда соответствующий субъект получает от нотариуса депозит, но доход по нему нотариусом еще не получен, например, дивиденды начислены, но еще не выплачены. Нотариус не обязан принимать на себя риски нарушения обязанного по ценным бумагам лица в исполнении соответствующих обязательств по ним и кредитовать управомоченное лицо. Следовательно, после получения дохода нотариус должен выплатить этот доход управомоченному лицу.

Принимая во внимание данную ситуацию, следует сообразно изменять разъяснение Пленума в отношении **начисленного** дохода, учитывая, что сам факт его начисления не означает перфекцию требования по его получению от нотариуса. Последний обязан к выплате дохода после его получения.

Выражение Пленума в отношении дохода по ценным бумагам **за период их нахождения в депозите** следует уточнить, имея в виду специфику определения управомоченного на получение соответствующего дохода, например, дивидендов. Дело в том, что право на дивиденды имеет то лицо, которое является акционером на дату закрытия реестра под дивиденды (так называемая дивидендная отсечка). Таким образом, период нахождения ценных бумаг в депозите нотариуса не имеет никакого значения для определения размера дохода. Если на депозитном лицевом счете на указанную дату соответствующие акции числятся за нотариусом, то он и получает дивиденды. Иными словами, можно пробыть акционером всего одну ночь, но получить дивиденды в полном объеме.

57. Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств, вне зависимости от того, предусмотрели ли стороны очередность исполнения своих обязанностей (пункт 1 статьи 328 ГК РФ). Например, по общему правилу в договоре купли-продажи обязанность продавца передать товар в собственность покупателя и обязанность последнего оплатить товар являются встречными по отношению друг к другу.

Если иное не предусмотрено законом или договором, в случае непредоставления обязанной стороной исполнения обязательства либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое

исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков (пункт 2 статьи 328 ГК РФ).

Сторона, намеревающаяся приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от его исполнения лишь на основании обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что другая сторона не произведет исполнение в установленный срок, обязана в разумный срок предупредить последнюю об этом (пункт 3 статьи 307 ГК РФ).

(а) Обязательственному праву известны такие обязательства, когда обязанности имеются у каждой из сторон, однако они не находятся в эквивалентной экономической взаимосвязи. Например, обязательства, возникающие из договора безвозмездного пользования, по которому у ссудодателя имеется обязанность передать вещь в безвозмездное временное пользование другой стороне, а у ссудополучателя имеется обязанность вернуть ту же вещь в том состоянии, в каком она ее получила, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором (п. 1 ст. 689 ГК). Здесь взаимосвязь обязательств иного рода: пока вещь не передана, она не может быть и возвращена.

Но большинство обязательств имеет другую каузу — меновую, т.е. когда одно благо обменивается на другое благо. Здесь обнаруживается эквивалентная взаимозависимость обязательств, поскольку одна сторона готова предоставить некоторое благо взамен на получение другого блага, поэтому римляне обозначали этот интерес сторон как «*do ut des*» — даю, чтобы ты дал. Иными словами, предоставление одной стороны является основанием для предоставления другой стороны. В экономическом смысле программа такого обязательства означает, что у каждой стороны из ее имущества выбывает некоторая ценность, которую замещает иная ценность. В этом аспекте цели обязательства отвечает одновременный обмен этими благами.

Одновременный обмен предоставлениями снимает столь присущий обязательствам риск, когда одна сторона, осуществив свое предоставление, не получает надлежащее исполнение от другой стороны и вынуждена прибегать к средствам правовой защиты с неизвестной перспективой их фактической эффективности. Поэтому одновременность предоставления является естественным устремлением сторон обязательства. Действительно, целый ряд обязательств удается обустроить таким образом, чтобы устранить темпоральный разрыв синаллагмы или сделать его минимальным. Например, это характерно для розничной

купли-продажи, биржевых сделок, оплаты товара курьеру, при расчетах за виртуальные (цифровые) активы и т.п.

Однако не все обязательства можно сконструировать таким образом, чтобы действия по исполнению обеспечивали одновременное предоставление каждой стороной, и не всегда стороны сами идут на установление такого модуса исполнения обязательства. Тогда и возникает проблема «первого шага»: кто-то должен пойти на больший риск, осуществив исполнение первым. Соответственно, одно исполнение оказывается предшествующим, а другое – последующим. Здесь можно наблюдать две ситуации: 1) когда очередность, равно как одновременное исполнение в обязательстве, не установлена и 2) когда очередность установлена. От последнего случая следует отличать такой модус исполнения, когда его очередность установлена, но для последующего предоставления предусмотрен отлагательный срок (например, поставка товара через столько-то времени после предоплаты). Эта дифференциация проводится не потому, что обязательство не является sinalлагматическим, а потому, что интересы соответствующей стороны защищаются иным юридическим методом – срок исполнения по последующему предоставлению не может наступить, пока не осуществлено предшествующее исполнение, а потому отказываться исполнять обязательство нет смысла, ибо корреспондирующее требование не стало перфектным (не созрело по сроку). Иными словами, бездействие должника, обязанного к последующему исполнению в определенный срок после осуществления предшествующего исполнения, само по себе не влечет для него негативных правовых последствий.

В общих положениях об исполнении обязательств особенности исполнения их sinalлагматической разновидности предусмотрены правилами о встречном исполнении. Согласно п. 1 ст. 328 ГК встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств.

Однако данная статья не решает дилеммы «первого шага», т.е. не определяет, какая из сторон sinalлагматического обязательства должна произвести исполнение первой, если это не предусмотрено условиями обязательства, законом или иными правовыми актами. Интересно отметить, что при рассмотрении первоначального проекта Постановления предлагалось сформулировать общий подход для разрешения названного вопроса¹. Для этого был взят известный цивилистической

¹ См. https://www.youtube.com/watch?v=Sz_PJiQ6mps.

методологии прием квалификации в качестве первоначального исполнения того из них, которое занимает некоторый период времени. Данная идея не была воспринята Пленумом. Возможно, последнее объясняется тем, что этот метод все же не является универсальным решением, поскольку его нельзя применить, когда для исполнения ни по одному из обязательств не требуется периода времени, равно как и в случае, когда для каждого исполнения требуется некоторый период времени. Кроме того, нельзя с уверенностью утверждать, что он будет отвечать намерению сторон по любому синаллагматическому обязательству. В тех случаях, когда стороны не озаботились определить, кто пойдет на больший риск, исполняя обязательство первым, и ни одна из них не готова это сделать, им проще прекратить взаимодействие, коль скоро оно не сложилось.

(б) В абз. 1 комментируемого пункта Пленум, процитировав приведенную норму, уточняет ее указанием на то, что это легальное определение справедливо **вне зависимости** от того, предусмотрели ли стороны **очередность** исполнения своих обязанностей. Для иллюстрации этого суждения приводится пример с договором купли-продажи, обязательства сторон по которому объявляются **встречными по отношению друг к другу**.

С одной стороны, это правильно, поскольку программа обязательства обусловлена синаллагматическим характером, что предполагает обмен предоставлениями независимо от того, кто обязан осуществить его первым. Но с технической и терминологической точки зрения объявлять как одно предоставление, так и другое встречным не всегда удобно. Дело в том, что законодатель, установив легальное определение в п. 1 ст. 328 ГК, предполагал, что отношения, которые отвечают этой дефиниции, будут корректно регулироваться другими нормами данной статьи.

Одной из функций синаллагмы с учетом цели обязательства является наделение сторон *exceptio non adimpleti contractus*. Это возражение позволяет законно противопоставить притязанию данную эксцепцию, т.е. представляет собой право одной стороны приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от него, если другая сторона не предоставила своего исполнения. В п. 2 ст. 328 ГК, в частности, предусмотрено, что в случае непредоставления обязанной стороной предусмотренного договором исполнения обязательства, сторона, **на которой лежит встречное исполнение**, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.

Если стороны вступили в sinalлагматическое обязательство, в отношении которого ни законом, ни договором не установлено, что одна из сторон обязана осуществить свое исполнение первой, суждение Пленума срабатывает корректно, поскольку каждая сторона может правомерно не исполнять своего обязательства, пока не получила исполнение от другой стороны.

Но если очередность установлена, то буквальное применение п. 2 ст. 328 ГК к предшествующему исполнению, которое, согласно разъяснению Пленума, также является встречным, оказывается не очень удобным. Дело в том, что приведенная выше норма из этого законоположения терминологически и функционально выделяет понятие «встречное исполнение» и, напротив, не вводит какой-либо терминологии для предшествующего и последующего исполнения. Пленум же отождествил понятие встречного исполнения для всех случаев, как предусматривающих, так и не предусматривающих очередность («вне зависимости»). Вслед за Пленумом приведем простейший и один из самых распространенных примеров. Возьмем договор купли-продажи, предусматривающий предоплату товара. Применим норму в ее истолковании Пленумом к этому казусу, напомнив, что она дает возможность правомерно не исполнять обязательство до получения исполнения от контрагента. Коль скоро и передача товара, и его предоплата объявлены встречными, получается, что в случае непередачи товара сторона, на которой лежит встречное исполнение (предоплата), вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Результат с очевидностью абсурдный, но именно такой вывод следует сделать, если, как предлагает Пленум, вне зависимости от установленной очередности объявить предоплату встречным исполнением. Ясно, что это не имелось в виду.

Кроме того, суждение о том, что встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств, вне зависимости от того, **предусмотрели** ли стороны **очередность** исполнения своих обязанностей, не следует воспринимать зауженно. Очередность может быть реализована не только буквальным образом, но и посредством такого соотношения сроков исполнения каждой из сторон, из которого следует, что одна сторона должна предоставить исполнение ранее, чем другая. Иными словами, очередность возникает всегда, когда сроки исполнения не совпадают.

Помимо этого, следует принять во внимание и следующий аспект. В ст. 569 ГК предусмотрено, что в случае, когда в соответствии с до-

говором мены сроки передачи обмениваемых товаров не совпадают, к исполнению обязательства передать товар стороной, которая должна передать товар после передачи товара другой стороной, применяются правила о встречном исполнении обязательств (ст. 328). Прилагая к этому случаю разъяснение Пленума, получим, что правила ст. 328 ГК применимы к исполнению обязательств по договору мены и в том случае, когда сроки исполнения совпадают. Выходит, что применительно к мене перед нами толкование по методу *contra legem*. Это следует учитывать на практике.

Приводя классический пример синаллагматического обязательства — куплю-продажу, Пленум тем не менее делает не вполне ясную оговорку, что речь идет лишь об **общем правиле**. Что здесь в действительности имелось в виду, остается только гадать. Дело в том, что пример иллюстрирует дефиницию, которая нужна для того, чтобы отличать одни обязательства от других. С таким же успехом можно утверждать, что по общему правилу дождь бывает мокрым. Если по договору продавец обязан передать товар, но не имеет права потребовать его оплаты и наоборот, то такой договор имеет другую каузу, т.е. относится к договору иного вида. Конечно, истории договорного права известен и такой своеобразный вид договора, как *emptio spei*, но этот договор — вовсе не купля-продажа, а «покупка» надежды, например, на улов рыбы. Впрочем, в абонентском договоре идея синаллагмы также несколько искажается, специализируя ее известным образом.

Может быть, имелось в виду, что не все правила ст. 328 ГК всегда подлежат применению к купле-продаже. Это верно, например, в силу диспозитивности положений о синаллагме, можно отменить или изменить некоторые ее правила, например, в изъятие из п. 3 ст. 328 ГК, предусмотреть возможность взыскания предоплаты¹. Диспозитивность ст. 328 ГК означает, что можно изменить правила п. 2 и 3 данной статьи, но не п. 1, что буквально предусмотрено в п. 4 ст. 328 ГК. Нельзя изменить саму легальную дефиницию, а именно это следует из буквального смысла названной оговорки об общем правиле. Пока договор купли-продажи остается таковым, возникшие из него обязательства сторон являются синаллагматическими.

Возможно, загадочная оговорка об общем правиле сформулирована ввиду, например, уступки требования, что чисто технически устраняет встречность. Но ведь и в таком случае именно синаллагматический характер обязательства обосновывает наличие у должника возме-

¹ См.: Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840.

ний, которые он имел в отношении цедента (ст. 386 ГК). Более того, если, скажем, уступлено право требовать оплаты товара, а последний цедентом не передан, возражение покупателя опирается на идею п. 3 ст. 328 ГК.

Можно сделать предположение и о договоре в пользу третьего лица (ст. 430 ГК), но и его следует отбросить, ибо это не устраняет действия правил о синаллагме.

Кстати сказать, именно в купле-продаже имеется интересная норма об очередности исполнения. Согласно п. 1 ст. 486 ГК покупатель обязан оплатить товар непосредственно **до или после** передачи ему продавцом товара, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другим законом, иными правовыми актами или договором купли-продажи и не вытекает из существа обязательства. На первый взгляд эта норма выглядит странной, поскольку так и непонятно, когда же покупатель обязан оплатить товар, а то, что он обязан платить, ясно и без этой нормы, так как это составляет элемент легальной дефиниции и входит в существо законодательного регулирования.

Но если ее соединить с п. 3 ст. 328 ГК, то из этого следует, что при молчании договора покупатель обязан оплатить товар, причем непосредственно после его передачи. А если покупатель уплатит цену первым, то продавец обязан передать товар в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 314 ГК (п. 1 ст. 457 ГК), т.е. в соответствии с п. 2 ст. 314 ГК через семь дней после его истребования покупателем. Получается, что если наше понимание п. 1 ст. 486 ГК верно, то приведенный Пленумом пример не очень иллюстративен, поскольку, как видно, сроки исполнения обязательств не совпадают, а следовательно, одно исполнение всегда предшествующее, а другое последующее.

Кроме того, в текущей практике выявление предшествующего и последующего исполнения для правильного применения ст. 328 ГК считается необходимым. Так, при рассмотрении одного из дел суд обоснованно, на наш взгляд, указал, что поскольку встречным признается исполнение обязательства одной из сторон (последующего предоставления), которое в соответствии с договором обусловлено надлежащим исполнением своих обязательств другой стороной (первоначального исполнения), юридически значимыми являются обстоятельства того, какой из сторон должно быть осуществлено первоначальное, а какой — последующее исполнение¹.

¹ См.: Определение СКГД ВС от 10 апреля 2018 г. № 71-КГ18-3.

(в) Абзац 2 комментируемого пункта, по внешней видимости, разъяснения не содержит. Он представляет собой гибрид почти точного текста п. 2 и п. 4 ст. 328 ГК. Последний устанавливает, что правила, предусмотренные п. 2 и 3 настоящей статьи, применяются, если законом или договором не предусмотрено иное. Из текста п. 2 ст. 328 ГК, гипотеза которого охватывает, в частности, непредоставление обязательной стороной **предусмотренного договором** исполнения обязательства, изъяты выделенные слова — «предусмотренного договором».

Зачем предпринята редукция законодательного текста, из самого разъяснения понять невозможно. Можно выдвинуть по крайней мере две версии коррекции текста закона.

Наиболее вероятная, исходя из принципа бритвы Оккама, — это опечатка или произвольное сокращение текста. Тогда абз. 2, как и указывалось, ничего иного по сравнению с действующим регулированием не содержит, имея сугубо дидактическое значение. А поскольку дидактическая традиция характерна для разъяснений Пленума вообще, то многие юристы могут так и воспринять данный текст.

Более тонкое восприятие может быть связано с тем, что исключенные слова позволяют распространить правила о синалагме на двустороннюю реституцию. Чтобы не уходить в сторону, заметим лишь, что обоснованность такого применения закона является дискуссионной в науке, однако, по нашему мнению, позволяет достичь справедливого результата, исключив ситуацию, когда одна сторона исполнит свою обязанность, вернув полученное, но не получит назад собственное предоставление по недействительной сделке от своего *vis-à-vis*. Такое решение соответствует п. 3 ст. 307.1 ГК, согласно которому общие положения об обязательствах применяются по общему правилу к требованиям, связанным с применением последствий недействительности сделки. Другое дело, что усмотреть в тексте разъяснения именно эту идею не так просто. Последнее усугубляется тем, что этот подход не имеет распространения в текущей судебной практике. Чтобы добиться распространения правил ст. 328 ГК на отношения о двусторонней реституции, надо было сделать это открытым текстом.

При этом интересно заметить, что в схожем имущественном отношении, когда при расторжении договора стороны обязаны вернуть полученное по этому договору (реверсивные обязательства), текущая практика демонстрирует в последнее время куда большую экспрессию, вступая в напряжение по отношению к принципу диспозитивности и автономии воли, как в процессуальном, так и в материальном праве. Имеются в виду такие случаи, когда при расторжении договора одна

из сторон требует по суду вернуть переданное по этому договору, а суд считает возможным присудить и самого истца к возврату полученного, хотя другая сторона ни отдельного, ни встречного иска не заявляла¹. Надо сказать, такое понимание п. 2 ст. 328 ГК доселе отечественной практике не было известно. С учетом сделанной в разъяснении редукции законодательного текста он становится пригодным для обоснования применения правил о синаллагме и в том случае, если смотреть на реверсивные обязательства не как на договорные (ликвидационная стадия договора), а как на кондикционные (абз. 2 п. 4 ст. 453 ГК).

В первоначальном проекте Постановления окончание абз. 2 имело также указание на ст. 450.1 ГК («вправе приостановить исполнение своего обязательства или в соответствии со статьей 450.1 ГК РФ отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков (пункт 2 статьи 328 ГК РФ)». Как видно, ссылка на ст. 450.1 ГК была исключена. И здесь достаточно затруднительно определить цели этого купирования. С одной стороны, удаленная ссылка позволяет подкрепить предположение в отношении реституции. С другой стороны, целый ряд положений ст. 450.1 ГК вполне подходит для развития и дополнения правил о синаллагме и подлежит применению наряду с ней.

При обсуждении первоначального проекта предлагалось рассмотреть вопрос об ограничительном толковании п. 2 ст. 328 ГК, установив, что он применяется при существенном неисполнении обязательства, что помогло бы исключить необоснованное приостановление или отказ от исполнения обязательства². Как видно, эта идея не была поддержана и в комментируемом пункте она не просматривается. Представляется, что Пленум обоснованно не стал вводить названный критерий, поскольку он просто не нужен. Дело в том, что необоснованный отказ или приостановление исполнения обязательства пресекается самим механизмом синаллагмы. Это достигается тем, что соответствующее секундарное право применимо только в том случае, когда сторона обязательства не осуществляет предоставление, последнее всегда является существенным нарушением, поскольку получение исполнения является целью обязательства. Что же касается частичного непредоставления, то и это учтено законодателем, поскольку в этом случае действует принцип пропорциональности. Если же говорить

¹ См. определения СКЭС ВС от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064; от 26 марта 2021 г. № 303-ЭС20-20303; от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824.

² <https://www.youtube.com/watch?v=0col-h9PrPg>

о ничтожно малом неисполнении, то этот случай с учетом сделанных нами в комментарии уточнений принимается Пленумом во внимание в абз. 2 п. 58 Постановления.

Пленум не коснулся еще одной связи п. 2 ст. 328 ГК с другой нормой. В тех случаях, когда должник впадает в существенную просрочку, кредитор, согласно п. 2 ст. 405 ГК, вправе отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков, если вследствие просрочки должника исполнение утратило для него интерес. В этой части нормы дублируют друг друга.

(г) Интерес в приостановлении или отказе от исполнения возникает у соответствующей стороны обязательства, когда другая сторона не предоставляет своего исполнения. Однако эмпирические данные показывают, что при некоторых обстоятельствах сторона обязательства заслуживает надления ее таким же правом в случае, когда нарушение обязательства другой стороной не имеет места. Речь идет о так называемом предвидимом нарушении обязательства одной стороной, т.е. возникновении тех или иных фактических обстоятельств, которые известны другой стороне и с высокой степенью вероятности свидетельствуют, что **исполнение не будет произведено**. Равным образом может рассматриваться и такая гипотеза, когда контрагент сам заявляет, что он не произведет исполнение. В синалагматическом обязательстве каждая из сторон является одновременно и кредитором, и должником другой стороны. Поскольку далее речь пойдет о предвидимом нарушении обязательства одной стороной, для простоты она будет именоваться также должником, а другая сторона, обладающая предполагаемым вторичным правом на отказ, — кредитором.

(д) Из п. 2 ст. 328 ГК следует, что при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Далее для краткости такой отказ от исполнения именуется превентивным (превентивный отказ).

Во многих случаях, когда ожидание предвидимого нарушения не влечет дополнительных издержек или рисков, в таком отказе нет смысла, поскольку зафиксированное состоявшееся нарушение позволяет надежнее обосновать отказ от исполнения обязательства.

Обстоятельство, свидетельствующее о том, что исполнение не будет произведено, следует ограничивать от случая наступления невозможности исполнения, которое может приводить к прекращению

обязательства (п. 1 ст. 416, ст. 417 ГК). На квалификационной шкале основания для превентивного отказа располагаются в диапазоне между ординарным затруднением, которое с высокой степенью вероятности может быть преодолено, и невозможностью исполнения. Обстоятельство, очевидно свидетельствующее о том, что исполнение не будет произведено, и обстоятельство, влекущее невозможность исполнения, могут быть трудноразличимыми. Поэтому даже если владельцу секундарного права на превентивный отказ представляется, что для контрагента наступили обстоятельства, влекущие невозможность исполнения, заявление превентивного отказа может рассматриваться как запасной вариант. Когда интересы соответствующей стороны соотнобразуются с прекращением обязательства, то при возникновении спора суд может не согласиться с прекращением обязательства невозможностью исполнения, но может согласиться с обоснованностью превентивного отказа от обязательства с ремиссионным эффектом. Если же, напротив, суд констатирует наступление невозможности исполнения, то сделка по превентивному отказу окажется тщетной, поскольку не имеет предмета — от прекратившегося обязательства отказаться невозможно, так как его нет. Поэтому ее совершение не де-завуирует прекращение обязательства невозможностью исполнения, на что и рассчитывал кредитор.

(е) Норма п. 2 ст. 328 ГК сформулирована таким образом, что право на превентивный отказ от исполнения имеет та **сторона, на которой лежит встречное исполнение**. Если понимать под термином «встречное исполнение» только последующее исполнение, то норма была бы с очевидностью необоснованно зауженной. Право на превентивный отказ должно быть предоставлено и той стороне, которая обязана произвести предшествующее исполнение, равно как и одновременно с другой стороной. Скажем, покупатель обязан осуществить предоплату, но узнает, что на заводе-производителе произошла авария и с высокой степенью вероятности без сверхусилий поставщик не исполнит обязательство. Было бы противно цели законодателя обязать покупателя к оплате изделий, которые он с высокой вероятностью не получит от контрагента.

Но в данном случае разъяснение абз. 1 комментируемого пункта, приравнивающее предшествующее и последующее исполнение к понятию «встречное исполнение», срабатывает корректно в отличие от других случаев и позволяет обосновать наличие права на превентивный отказ и у той стороны, которая обязана к предшествующему или одновременному исполнению.

(ж) В абз. 3 (последнем) комментируемого пункта Пленум выводит из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК) обязанность до реализации своего секундарного права лишь на основании предвидимого нарушения **в разумный срок предупредить** об этом другую сторону. Далее для краткости это сообщение именуется предупреждением об отказе. То есть кредитор, предвидя нарушение обязательства должником, сначала должен предупредить его о намерении превентивного отказа, а затем уже заявить о самом отказе.

В целом такое решение кажется справедливым, поскольку позволяет другой стороне представить контрагенту убедительные доказательства обратного, свидетельствующие о том, что она будет способна к исполнению обязательства в установленный срок. Однако сложность ситуации заключается в том, что лаконичная правовая позиция не дает всей картины, которая будет существенно различаться в зависимости от целого ряда обстоятельств, в том числе тогда, когда указанная обязанность не будет исполнена.

Не претендуя на исчерпывающее рассмотрение всех возможных ситуаций с превентивным отказом и предупреждением о нем, попытаемся рассмотреть несколько из них в следующих пунктах комментария.

(з) Предупреждение об отказе предполагает, но не гарантирует ответную реакцию другой стороны. Если должник не отреагирует в разумный срок на предупреждение об отказе, но при этом имеются обстоятельства, очевидно свидетельствующие для разумного участника оборота о том, что исполнение не будет произведено в установленный срок (субъективные основания для отказа), то превентивный отказ кредитора прекратит обязательство, даже если впоследствии должник окажется способным к исполнению в установленный срок (объективная исполнимость). Если субъективных оснований для превентивного отказа не было, такой отказ не влечет юридических последствий, если только должник не подтвердит своего намерения не исполнять обязательство. В случае, когда должник представил кредитору доказательства своей исполнительности, но превентивный отказ все равно заявлен, его правомерность определяется исходя из того, имелись ли субъективные основания для превентивного отказа. Иными словами, устанавливается, имел ли любой разумный участник гражданского оборота с учетом всех обстоятельств, включая указанные и подтвержденные должником, по-прежнему считать, что исполнение не будет произведено. При констатации наличия таких оснований обязательство прекращается, даже если впоследствии наступит объективная

исполнимость. Если же превентивный отказ не имел субъективных оснований, но объективная исполнимость не наступила (должник не способен исполнить обязательство), обязательство все равно считается прекращенным.

Обстоятельства превентивного отказа могут иметь всякие дополнительные осложнения, например, когда такой отказ заявлен по одним субъективным основаниям, а неисполнение произошло впоследствии по причине других обстоятельств. Видимо, и здесь надо признать обязательство прекратившимся.

(и) Дополнительное осложнение отношений, связанных с превентивным отказом, заключается в том, что Пленум обязывает кредитора предупредить об отказе **в разумный срок**. Дело в том, что разъяснение не содержит указания, с какого момента следует исчислять этот разумный срок. Говорится лишь о том, что кредитор обязан предупредить **о своих намерениях** заявить превентивный отказ. Ясно только одно, что поскольку превентивный отказ должен иметь субъективные основания и не может быть произвольным, то намерения к этому не могут возникнуть ранее того момента, когда кредитор узнал о возникновении тех обстоятельств, которые очевидно свидетельствуют о том, что исполнение не будет произведено в установленный срок.

Исчислять названный срок с момента возникновения намерений на превентивный отказ нереалистично, поскольку возникновение названных намерений скрыто ото всех, кроме лица, обязанного соблюсти разумный срок. Остается только предположить, что Пленум имел в виду исчисление разумного срока с момента, когда кредитор узнал о возникновении оснований для превентивного отказа.

Даже определение порядка исчисления срока не позволяет внести полную ясность, поскольку Пленум, установив обязанность его соблюдения, не предусмотрел последствий его нарушения. Кредитор, которому стало известно о соответствующих обстоятельствах, должен иметь право на определение того, каким образом его интересы соотносятся с правом на превентивный отказ. Последний, представляя собой реализацию секундарного права, зависит от воли кредитора, поскольку любой участник гражданского оборота осуществляет права своей волей и в своем интересе. По общему правилу секундарные права не имеют срока на их реализацию. Следовательно, если кредитор узнал об основаниях превентивного отказа, он должен иметь право заявить превентивный отказ тогда, когда посчитает его соответствующим своим интересам, при условии что обстоятельства, являющиеся основанием превентивного отказа, не отпадают. Иными словами, здесь

мы имеем дело с длящимся состоянием, а это означает, что в каждую секунду у кредитора имеется право на отказ. Но Пленум считает, что разумный срок должен соблюдаться. Каковы же последствия нарушения этого срока?

Предположим, узнав об основаниях превентивного отказа, кредитор за пределами разумного срока предупреждает должника о намерении отказаться от обязательства и затем заявляет отказ. Если признать, что превентивный отказ не повлек юридических последствий по той причине, что не было своевременного предупреждения, то придется присудить эту сторону к исполнению даже и в том случае, когда доказано, что контрагент предшествующего исполнения не произвел. Равным образом придется поставить в просрочку того контрагента, заявившего такой отказ, который обязан был к предшествующему исполнению. Но тогда нарушается вся логика синаллагмы, которая как раз не допускает принуждения к исполнению одной стороны в условиях, когда она не получила предоставления от другой стороны. Если же превентивный отказ не имел субъективных оснований, то при нарушении разумного срока предупреждения об отказе ситуация окажется точно такой же, при условии что исполнение не было произведено должником. Только тогда, когда превентивный отказ не имел субъективных оснований, он не повлечет юридических последствий, но не потому, что нарушен разумный срок предупреждения об отказе, а потому, что сам отказ является незаконной сделкой и не влечет последствий, на которые она направлена. Конечно, в соответствующих случаях заявленное за пределами срока предупреждение о превентивном отказе можно исправить при уже состоявшемся нарушении ординарным отказом и кредитору следует воспользоваться этим правом. Но в каких-то случаях кредитор может и не сделать этого ординарного отказа, а потому при разрешении спора поставленные вопросы все равно потребуют разрешения.

Предварительное предупреждение, введенное Пленумом в наше право, имеет тот смысл, что позволяет сбалансировать интересы сторон. Интерес кредитора, имеющего субъективные основания для превентивного отказа, должен быть защищен, но поскольку нарушение должником еще не допущено, угроза праву кредитора предположительно. Предупреждение об отказе дает возможность должнику опровергнуть опасения кредитора, причем чем позднее оно получено, тем лучше для должника, поскольку у него имеется больше времени преодолеть возникшие затруднения и приискать доказательства его способности к исполнению. В этом смысле ограничение права

на превентивный отказ контрпродуктивно. Поэтому если должник, получивший предупреждение об отказе, не воспользуется своей возможностью опровергнуть те обстоятельства, которые дают право на превентивный отказ, он впоследствии не вправе ссылаться на то, что способен к исполнению, хотя бы предупреждение было сделано в достаточно продолжительный срок после того, как кредитор узнал о релевантных обстоятельствах.

Получается, что несоблюдение разумного срока не влечет никаких последствий, за исключением, пожалуй, каких-то редчайших случаев, когда именно его несоблюдение причинило убытки должнику, не исполнившему свое обязательство.

Следовательно, если и надо было вводить какой-то разумный срок, основывая его на принципе добросовестности, то для должника, который получил предупреждение об отказе. Да и то его несоблюдение означало бы, что законность превентивного отказа кредитора от обязательства оценивается без учета тех возражений, которые имелись у должника, но которые он не представил кредитору в разумный срок. Еще одно основание для введения категории разумного срока можно обсуждать в таком контексте, когда период между предупреждением об отказе и самим превентивным отказом настолько мал, что должник не имел возможности представить своих объяснений о вероятности надлежащего исполнения обязательства. В этой ситуации кредитор принимает на себя риск, что его превентивный отказ не повлечет юридических последствий, и если должник предложит ему надлежащее исполнение, он будет обязан его принять.

(к) Установив обязанность предупреждения об отказе, Пленум не определил последствий ее нарушения. Если предупреждение об отказе вовсе не имело места, но после превентивного отказа должник не исполнил обязательство, то обязательство все равно должно считаться прекратившимся, поскольку логика синаллагмы не позволяет присудить не получившую исполнения сторону к встречному исполнению. Равным образом, если сторона, обязанная к предшествующему исполнению, без предупреждения об отказе заявит превентивный отказ и впоследствии выяснится, что другая сторона не произвела бы последующее исполнение, даже если бы предшествующее исполнение было предоставлено, обязательство также следует считать прекратившимся. Это справедливо и в тех случаях, когда для превентивного отказа не имелось субъективных оснований. Однако во всех этих случаях сторона, отказавшаяся от исполнения обязательства, несет риск того, что контрагент сможет исполнить свое обязательство. В таком случае

превентивный отказ не влечет никаких юридических последствий, если только стороны не договорятся об ином.

Учитывая, что вышеизложенные вариации развития событий и предложенные решения не имеют не только подтверждения в состоявшейся судебной практике, но и сколько-нибудь широкого обсуждения в доктрине и профессиональной литературе, сторонам договорных обязательств настоятельно рекомендуется самым подробным образом урегулировать свои отношения по превентивному отказу в соглашении.

(л) Введя категорию разумного срока в отношении предупреждения о превентивном отказе, Пленум не увидел оснований для применения такого срока в другом случае, где он действительно необходим. Речь идет о том, что нормативное регулирование отказа в п. 2 ст. 328 ГК не устанавливает никакой дифференциации между приостановлением исполнения и отказом от исполнения обязательства. Если обладатель вторичного права правомерно заявляет о приостановлении исполнения обязательства, может возникнуть состояние подвешенности. Конечно, разумный кредитор, убедившись, что должник не в состоянии исполнить обязательство, заявит об отказе от исполнения обязательства. Но в каких-то случаях он может этого не сделать. В связи с этим требуется найти решение для устранения нежелательного для оборота состояния подвешенности. Оно лежит на поверхности — в такой ситуации следует предоставить должнику право отказаться от исполнения обязательства по истечении разумного срока для отказа кредитора. При этом, естественно, должник, освободившись от необходимости исполнения обязательства, не может освободиться от ответственности за его нарушение, равно как и от других последствий прекращения обязательства.

58. Согласно пункту 3 статьи 328 ГК РФ ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду от другой стороны исполнения в натуре, не представив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Однако такое право соответствующей стороны может быть установлено законом или договором (пункт 4 статьи 328 ГК РФ). Вместе с тем кредитор не лишен возможности требовать возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, в соответствии с условиями обязательства (статьи 15, 393, 396 ГК РФ).

Кроме того, в случае спора о размере встречного исполнения истца, если суд установит, что неисполнение с его стороны носило незначи-

тельный характер, суд вправе удовлетворить иск об исполнении ответчиком обязательства в натуре, определив объем подлежащего истцом исполнения.

(а) Синаллагматическому обязательству приписывается меновая кауза, поскольку в этом и заключается интерес сторон этого обязательства. Экономически взаимосвязанные обязательства можно аналитически разделить на два. Если взять классическую синаллагму — куплю-продажу, то перед нами два обязательства в узком смысле: 1) передать товар и 2) уплатить деньги. Но вся логика синаллагмы в том и заключается, что программа именно такой правовой связи предполагает получение исполнения по каждому из обязательств, что по общему правилу означает недопустимость расчленения обязательств так, чтобы одна сторона получила предоставление, а другая — нет (разрыв эквивалентности синаллагмы). Такой результат хотя и возможен, но представляет собой как раз экстраординарную девиацию от программы обязательства, например, когда при невозможности исполнения риск последствий ложится на сторону, исполнившую свое обязательство (риск неполучения встречного предоставления)¹. Если стороны устанавливают последовательность (очередность) исполнения обязательств, это не меняет указанный характер взаимосвязанности обязательств.

До реформы ГК п. 3 ст. 328 ГК предусматривал, что если встречное исполнение обязательства произведено, несмотря на непредоставление другой стороной обусловленного договором исполнения своего обязательства, эта сторона обязана предоставить такое исполнение.

Попробуем представить себе подробнее гипотезу данной нормы, чтобы понять, какое последствие был намерен устранить законодатель, снабдив ее указанной диспозицией. Наиболее иллюстративным, наверное, будет случай, когда синаллагматическое обязательство предусматривает очередность его исполнения. Возьмем один из наиболее распространенных случаев — договор купли-продажи, предусматривающий предоплату. Получается, что продавец, не получив предоплаты, несмотря на это, передал товар покупателю и закон предписывает покупателю оплатить полученный товар. Все верно, однако нельзя не удивиться — неужели кто-то думал, что можно не платить, а товар будет подарен. Изменение очередности исполнения обязательств каузы

¹ См. п. 39 Постановления № 6.

сделки не меняет. Стороны заключили возмездный договор, предусматривающий предоставление каждой его стороной, и тот факт, что продавец, не обязанный исполнять свое обязательство первым, но тем не менее сделавший это, не превращает договор в дарение или иную безвозмездную сделку, поскольку это не соответствует общей воле сторон. Поэтому цитированная выше норма имела не столь значительный практический потенциал.

При этом на практике возникал другой вопрос, ответ на который уже не столь очевиден. Речь идет о допустимости присуждения одной стороны к исполнению обязательства в натуре в условиях, когда другая сторона своего исполнения не предоставила. На первый взгляд кажется, что ответ на него следует из общих положений обязательственного права. Коль скоро обязательство обладает юридической силой (п. 1 ст. 307 ГК), лицо, обязанное к исполнению при наступившем для этого сроке, может быть принуждено по суду к исполнению своего обязательства (п. 1 ст. 308.3 ГК). При этом тот факт, что другая сторона не предоставила свое исполнение, не обессиливает другого обязательства, поскольку по каждому из обязательств в узком смысле судебная защита предоставляется автономно. Однако не все так просто.

Реформа ГК изменила подход законодателя, который, заменив п. 3 ст. 328, предусмотрел, что ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне.

Отсюда следует, что сторона sinalлагматического обязательства имеет два варианта модуса действий, если она не получает предоставления: 1) отказаться от исполнения обязательства и требовать возмещения убытков (п. 2 ст. 328 ГК), либо 2) предоставить причитающееся с нее другой стороне и требовать по суду исполнения. Из этого, в частности, следует, что принуждение по суду к предшествующему исполнению (например, взыскание предоплаты) по общему диспозитивному правилу (п. 4 ст. 328 ГК) не допускается.

(б) В первом предложении комментируемого пункта Пленум приводит цитату п. 3 ст. 328 ГК с двумя добавлениями.

Во-первых, уточняется, что ни одна из сторон не вправе требовать по суду **от другой стороны** исполнения. Кажется, что это добавление излишне и не несет никакой смысловой нагрузки. В силу принципа относительности (п. 3 ст. 308 ГК), да и по самой структуре нормы тот факт, что речь идет о другой стороне, и так ясен. Толкование

по методу *a contrario* показывает, что если помыслить обратное, то получается абсурдный вывод: ни одна из сторон, не исполнив своего обязательства, не вправе требовать по суду от третьего лица исполнения. Другого варианта просто не может быть логически (от кого же еще?), если не представить себе совсем уже патологическое требование к самому себе, но последнее составляет проблему иной науки, а не юриспруденции.

Во-вторых, Пленум уточняет, что неисполнившая свое обязательство сторона не вправе требовать от другой стороны исполнения **в натуре**. В целом и это добавление не имеет большого смысла, хотя ему и можно подобрать обоснование. В нем можно усмотреть намерение показать, что отсутствие права требования исполнить обязательство в натуре не означает отсутствия других притязаний, а именно требований правоохранительного характера. Другое дело, что законодатель сформулировал универсальную норму, которая применима и в том случае, когда никакое нарушение не имеет места. Кроме того, надо принимать во внимание, что данное добавление вовсе не означает, что в обратном случае, когда сторона предоставила другой стороне причитающееся с нее по обязательству, она всегда вправе требовать от другой стороны исполнения обязательства в натуре. Последнее допускается далеко не всегда (п. 1 ст. 308.3 ГК)¹.

Несмотря на то, что рассматриваемое разъяснение по большому счету ничего не разъясняет, а представляет собой незначительно дополненную цитату п. 3 ст. 328 ГК, оно имеет важное значение. Дело в том, что в доктрине представлена аргументированная критика такого законодательного решения для случая установления очередности исполнения. Помимо компаративного обоснования, она в значительной степени опирается на принцип юридической силы обязательства. Коль скоро сторона обязательства приняла на себя риск предшествующего исполнения и нарушила свое обязательство, она по общему правилу может быть присуждена к исполнению: *pacta sunt servanda*.

Этот доктринальный подход логически, да и с политико-правовой точки зрения, наверное, в общем, приемлем. Но он с неизбежностью допускает понуждение к кредитованию. Присуждение к исполнению, без предоставления причитающегося, по существу означает кредитование, ибо одна сторона должна отдать свое имущество, не получая какое-то время взамен согласованного эквивалентного блага. Но всякое кредитование — это тонкая материя, которая особенно чувствительна

¹ См. абз. 2, 3 п. 22, абз. 1, 3 п. 23, абз. 3 п. 26 Постановления № 7.

к рискам. Дело в том, что, вступая в обязательство, никто не имеет полной информации, в том числе о контрагенте, да и не может ее иметь *a priori*. Следовательно, после заключения договора сторона, обязанная к предшествующему предоставлению, т.е. обязанная к кредиту, может получить такую информацию, которая многократно увеличивает ее риски, а потому считается, что понуждение к выдаче кредита не должно допускаться¹. При этом, конечно, отказ от предшествующего исполнения не является правомерным, нарушитель может быть привлечен к ответственности и, возместив все убытки, он освободится от обязательства.

Рассматриваемое разъяснение Пленума показывает, что последний пока не считает необходимым воспринимать доктринальную концепцию допустимости присуждения к предшествующему исполнению, иначе норма п. 3 ст. 328 ГК была бы истолкована *contra legem*.

(в) Как уже упоминалось, п. 3 ст. 328 ГК является диспозитивным. Поэтому Пленум обоснованно разъясняет, что право требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося по обязательству другой стороне, может быть установлено законом или договором, подкрепляя свой вывод ссылкой на п. 4 ст. 328 ГК. В текущей практике также имеются примеры, когда допустимость согласования судебного взыскания предшествующего исполнения отмечалась и в условиях действия прежней редакции п. 3 ст. 328 ГК².

При этом участникам гражданского оборота, устанавливающим своим соглашением такое право, следует учитывать, что в ряде случаев принуждение к исполнению обязательства в натуре может не допускаться императивным образом. Например, по мнению Пленума, не подлежат удовлетворению требования о понуждении физического лица к исполнению в натуре обязательства по исполнению музыкального произведения на концерте, поскольку в данном случае принудительное исполнение будет нарушать принцип уважения чести и достоинства гражданина³. Оставляя в стороне вопрос о том, почему исполнение музыкального произведения рассматривается для гражданина как бесчестное и недостойное действие (хотя, кажется, имелось в виду не это), отметим лишь, что едва ли согласие гражданина в договоре на такое принуждение открывает дорогу к применению, хотя бы и по суду, насилия к личности.

¹ См. п. 11 Информационного письма № 65. См. также постановления Президиума ВАС от 30 ноября 2010 г. № 9217/10; от 25 декабря 2012 г. № 9924/11.

² См., например, Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840.

³ См. абз. 3 п. 23 Постановления № 7.

Кроме того, присуждение к предшествующему исполнению ставит под сомнение созревшее после взыскания право на превентивный отказ от исполнения (см. комментарий к абз. 3 п. 57 Постановления), поскольку частная воля обладателя этого права не может остановить публично-правовую силу исполнения судебного акта о присуждении. Получается, что такое право если и может быть осуществлено, то только в юрисдикционной форме (ст. 324 АПК или ст. 434 ГПК), хотя в нашей юриспруденции пока не имеется ясности по этому вопросу.

Интересно отметить: в первоначальном проекте предусматривалось, что наличие права потребовать исполнения могло **вытекать из существа обязательства**. Действующее разъяснение такой правовой позиции не содержит. Наверное, данная редукция текста обоснована, поскольку трудно помыслить себе такое обязательство, существо которого позволяет определить именно судебное присуждение предоставления при отсутствии собственного исполнения. Другое дело, что условия обязательства могут быть сформулированы не вполне ясным образом, когда суд при их толковании придет к выводу, что такое право вытекает из соглашения сторон.

(г) В третьем предложении абз. 1 комментируемого пункта Пленум обращает внимание на право кредитора требовать возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, в соответствии с условиями обязательств. Поскольку право требовать возмещения убытков буквально предусмотрено п. 2 ст. 328 ГК, это суждение, видимо, относится к п. 3 ст. 328 ГК. Коль скоро имеется ссылка на неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, подразумевается такая ситуация, когда одна из сторон нарушила свое обязательство, а другая сторона собственного исполнения не учинила, а потому не вправе требовать исполнения в натуре, но вправе требовать возмещения убытков.

Что касается **неисполнения** обязательства, то понятно, что речь идет о том, что предоставление не произведено вовсе, а потому имеются основания для взыскания так называемых мораторных убытков, т.е. убытков за просрочку. В отношении **ненадлежащего исполнения** нужно сказать, что оно может быть связано со случаем частичного исполнения, когда оно оказывается ненадлежащего качества или с иными недостатками. Во всех этих случаях, несмотря на отсутствие права требовать исполнения в натуре, кредитор вправе искать своей защиты, требуя возмещения убытков. Надо сказать, что суждение Пленума основано на общих положениях об ответственности за неисполнение

или ненадлежащее исполнение обязательства и ничего нового не добавляет, показывая лишь, что недоступность одного способа защиты не означает недоступности другого.

Ясно, что кредитор вправе требовать и иных мер ответственности, если они предусмотрены законом или договором, например, взыскания неустойки, установленной за просрочку или за сам факт нарушения обязательства.

Соединение суждения об убытках с указанием на то, что их требование осуществляется **в соответствии с условиями обязательства**, видимо, может означать условия об ограничении их взыскания, поскольку размер убытков, порядок их взыскания и т.п. условиями обязательства обычно не определяются. Категория заранее предусмотренных убытков неизвестна российскому праву, а потому, будучи установленной в договоре, чаще всего рассматривается в качестве неустойки.

Пленум начинает рассматриваемое третье предложение со слов «вместе с тем», что может сбить с толку, поскольку в предыдущем предложении, к которому вроде бы это «вместе с тем» относится, идет речь о предоставлении соглашением сторон права требовать судебного присуждения исполнения в отсутствие собственного исполнения. На самом деле право на возмещение убытков у кредитора имеется как в этом случае, так и при отсутствии этого права, если допущено нарушение обязательства.

(д) Абзац 2 (последний) комментируемого пункта, на первый взгляд, предусматривает правовую позицию на случай, когда по sinalлагматическому обязательству кредитор предъявил иск о присуждении должника к исполнению в условиях, когда он сам по своему обязательству произвел неполное исполнение, но его неисполнение носит незначительный характер.

Однако это суждение требует нескольких уточнений. Согласно абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК, если предусмотренное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения **в части, соответствующей непредоставленному исполнению**. Казалось бы, для приведенного случая следует прийти к иному суждению и присудить должника к частичному исполнению. Например, по договору предусмотрена поставка 100 тонн щебня по цене 2 тыс. руб. за тонну. Покупатель заплатил 190 тыс. руб. и вчинил иск к поставщику о понуждении к исполнению обязательства в натуре в размере причитающихся ему 100 тонн. Согласно приведенной норме суд должен присудить

ответчика к поставке 95 тонн, но поскольку неисполнение истца незначительно, согласно приведенному разъяснению, судя по всему, необходимо полное взыскание.

Такой подход представляется весьма спорным, поскольку он без веских для этого оснований игнорирует норму и пренебрегает правами одной из сторон в пользу другой стороны. Незначительное нарушение права не является основанием для отказа в его защите.

Другое дело, если бы речь, например, шла о присуждении истцу неделимой вещи, тогда как его неисполнение было ничтожно мало. Например, покупатель приобрел у продавца «Кадиллак» за 5 млн руб. и недоплатил 5 тыс. руб., чем воспользовался продавец и отказался передавать автомобиль. Конечно, суды при рассмотрении конкретных споров отыщут справедливое решение, поскольку незначительность исполнения – оценочная категория, но сама по себе методология достаточно спорная и опасна тем, что может спровоцировать тенденцию не защищать нарушенные права, если нарушение незначительно.

(е) Еще одно затруднение вызывает суждение Пленума о том, что суд вправе удовлетворить иск об исполнении ответчиком обязательства в натуре, **определив объем подлежащего исполнению истцом**. Можно было бы подумать, что здесь просто допущена опечатка и вместо слова «истцом» имелось в виду «ответчиком». Применяя цитированную выше норму ГК, суд присуждает ответчика к пропорциональному исполнению, поскольку истец осуществил свое предоставление не в полном объеме. Но тогда с очевидностью не имеет значения незначительный характер неисполнения истца, а кроме того, это означало бы буквальное применение нормы. В примере с поставкой щебня применение нормы ГК приводит к тому, что при оплате только половины щебня ответчик вправе возражать, что он обязан к поставке только 50 тонн и значительность неисполнения истца в этом случае нерелевантна.

Если речь идет о взыскании с ответчика, то как можно определить объем подлежащего исполнению истцом? Конечно, мы уже видели такие странности, когда истца присуждают в пользу ответчика, хотя последний иска не предъявлял (см. п. «в» комментария к п. 57 Постановления). Как тут не вспомнить пословицу: пошел за шерстью, а вернулся стриженным.

Остается одно – предположить, что имелось в виду следующее. При незначительности (а желательно при ничтожности) неисполнения истца суд присуждает должника к исполнению в полном объеме (а же-

лательно только при неделимости предоставления), указывая в мотивировочной части решения на установленный в суде факт указанного неисполнения. Это может иметь преюдициальное значение, а также свидетельствовать о том, что присуждение ответчика еще не означает, что истец ему ничего не должен. Такой подход не противоречит процессуальному праву и не столь сильно отступает от материального права при условии, что эта пресловутая незначительность исполнения будет восприниматься судами сдержанно, в смысле явной незначительности для ответчика. Текущая практика применения рассматриваемого разъяснения лишь косвенно подтверждает приведенное нами предположение¹.

59. Если иное не установлено законом, в случае, когда должник не может исполнить своего обязательства до того, как кредитор совершит действия, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства, применению подлежат положения статей 405, 406 ГК РФ. Правила статьи 328 ГК РФ в таком случае применению не подлежат.

(а) Центральная идея sinalлагматического обязательства заключается в меновом характере отношений, а предусмотренное регулирование в значительной степени направлено на то, чтобы дать правовую возможность избежать риска лишиться собственного имущества, передав его контрагенту, и не получить предоставления с его стороны. Правила о sinalлагматическом обязательстве не исключают действия иных положений обязательственного права, когда исполнение обязательства встречает препятствия в действиях контрагента иного рода.

В комментируемом пункте Пленум обращается как раз к такой ситуации, а именно к **просрочке кредитора**. Систематическое толкование ГК позволяет ему прийти к выводу о том, что правила ст. 328 ГК в таком случае не применяются. Действительно, для должника в такой ситуации не возникает риска утраты собственного блага без получения исполнения от другой стороны. Напротив, он не может произвести собственное исполнение. Поэтому в такой ситуации некоторые положения о sinalлагматическом обязательстве просто нет необходимости применять. Так, не имеется оснований для применения п. 3 ст. 328

¹ См.: Определение СКГД ВС от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117 и п. 10 Обзора судебной практики ВС № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС 14 ноября 2018 г.).

ГК, также не идет речь о гипотезе п. 2 ст. 328 ГК, хотя в праве на отказ от обязательства при просрочке кредитора должник, по справедливости, нуждается.

Вместе с тем нельзя исключать, что при наступившей просрочке кредитора могут возникнуть основания для превентивного отказа и это право не должно уничтожаться только по причине наличия просрочки кредитора (см. комментарий к абз. 3 п. 57 Постановления).

(б) Ряд фрагментов данного разъяснения требует уточнения.

Правовая позиция имеет блокирующую оговорку, т.е. указание на то, что это разъяснение применяется, **если иное не установлено законом**. Интересно отметить, что в первоначальном проекте оговорка была шире: «Если иное не установлено ГК РФ, иными законами или договором...». Подлежащие применению к отношениям сторон нормы права определяются судом, а договор обычно не может его ограничить. Но здесь важнее другое – сама альтернатива. Получается, что закон может предусмотреть, что при просрочке кредитора вместо норм, регулирующих *mora creditoris*, могут подлежать применению другие нормы – о sinalлагматическом обязательстве. Это по крайней мере очень необычно, поскольку, по существу, допускает отсутствие системной согласованности регулирования. К сожалению, Пленум не привел примеров действия своей блокирующей оговорки. Но мы можем это сделать, не выходя за пределы ГК.

Согласно п. 1 ст. 719 ГК подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (ст. 328). Не трудно заметить, что среди не совершенных заказчиком действий нет ни одного, которое являлось бы предоставлением по договору. Подрядная sinalлагма состоит из результата работ, с одной стороны, и их оплаты, с другой стороны. Таким образом, законодатель, помещая в гипотезе нормы факты, свидетельствующие о просрочке кредитора (заказчика), дает отсылку к ст. 328 ГК. Это могло бы приводить к недоразумениям, если бы не здравомыслие участников гражданского оборота и судей. Скажем, если заказчик передал часть технической документации, относящейся к крыше здания, но не передал все остальное, согласно абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК, подрядчик не мог бы приостановить работы

в отношении крыши, но как их можно выполнять, если нет даже фундамента?

В этом аспекте есть большие сомнения, что удастся подыскать такое нормативное регулирование синаллагмы, которое корректно подошло бы к решению задач, для которых предназначено регулирование просрочки кредитора. Хотя, как будет показано в последнем пункте комментария, быть может, в этом и нет никакой фундаментальной проблемы.

Пленум указывает, что его разъяснение распространяется на случай, когда должник не может исполнить свое обязательство до того, как кредитор совершит действия, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства. Однако оно, надо полагать, распространяется и на другой вид просрочки кредитора, предусмотренный п. 1 ст. 406 ГК, — когда кредитор отказался принять предложенное должником надлежащее исполнение.

Нормативным обоснованием сделанного суждения является, помимо вполне понятной ссылки на ст. 406 ГК, также и указание на всю ст. 405 ГК, которая посвящена просрочке должника, а не просрочке кредитора. Видимо, имеется в виду ее п. 3, согласно которому должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора.

(в) Несмотря на то, что разъяснение Пленума соответствует принципу системной согласованности норм гражданского права, трудно с уверенностью утверждать, какую проблему решает эта правовая позиция и какие угрозы она призвана предотвратить. Допустим, должник, не дочитавший разъяснения Пленума до самого конца, при просрочке кредитора заявил ему о приостановлении исполнения своего денежного обязательства. Впоследствии, скажем, кредитор вчинил иск о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, а должник, будучи последовательным в своих заблуждениях, просит суд отказать в их взыскании, поскольку его неисполнение в силу п. 2 ст. 328 ГК является правомерным. Неужели судья, который непременно знаком с комментируемым пунктом, удовлетворит иск только потому, что должник не разбирается в праве? Конечно, нет, ибо *jura novit curia*. Он применит подлежащую норму права (п. 3 ст. 406 ГК), а не ту, на которую ошибочно ссылается должник, и откажет в иске. Но даже если представить себе гипотетического судью, который не знает постановлений Пленума и который применит п. 2 ст. 328 ГК, отказав в иске, решение все равно будет законным, хотя и неверно

мотивированным по праву. Такую же историю можно предположить и при заявлении иска о взыскании с кредитора убытков на основании п. 2 ст. 328 ГК, поскольку и эта норма, и п. 2 ст. 406 ГК дает право на возмещение убытков.

Быть может, разъяснение преследовало цель содействовать лучшей мотивировке судебных решений в отношении правильной правовой квалификации спорных отношений, учитывая, что в них действительно ст. 328 и ст. 406 ГК порой соседствуют без всякой к тому необходимости. Хотя и сам Пленум демонстрирует такое соседство (см. абз. 1 п. 23 Постановления), но это особая история.

Научное издание

САРБАШ Сергей Васильевич

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ

Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда
Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54
«О некоторых вопросах применения общих положений
Гражданского кодекса Российской Федерации
об обязательствах и их исполнении»

Подписано в печать 00.00.2022. Формат 60×90¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 29. Тираж 000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: 8 (499) 322-38-30