Зейналова Рагима Алиевна. Незаключенность гражданско-правового договора: проблемы теории и практики: диссертация ... кандидата Юридических наук: 12.00.03 / Зейналова Рагима Алиевна;[Место защиты: ФГАОУ ВО «Новосибирский национальный исследовательский государственный университет»], 2018.- 197 с.

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования.** Современная динамика развития как гражданского оборота, так и рыночной экономики в целом предопределяет рождение многообразия способов конструирования обязательственных отношений его участников, а также их постоянные трансформации в нечто более мобильное и эффективное.

Основным инструментом гражданского оборота для возникновения обязательственного правоотношения выступает договор как наиболее гибкий механизм, включающий в себя переговоры, собственно его заключение, исполнение и иные сопутствующие этому вопросы (порядок изменения и расторжения, ответственность и др.). Представляется, что без договора ныне невозможны как совершенствование и развитие гражданского оборота, так и удовлетворение его субъектами своих потребностей и нужд.

Когда говорят о договоре как основном и, без преувеличения сказать, главном регуляторе правовых отношений сторон, на первый план выходит общепризнанный частноправовой принцип – принцип свободы договора со всеми его слагаемыми. В ст. 1.1 («Свобода договора») Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 указано, что стороны свободны вступать в договор и определять его содержание. Согласно ст. 1.2 («Свобода формы») не устанавливается никаких особых требований к форме договора, стороны вправе доказывать его существование любым способом, включая свидетельские показания1. Далее данные положения, являясь отправной точкой в определении принципа свободы договора, находят своё отражение в законодательстве различных государств, нося в себе, тем не менее, единое звучание, проявляющееся во взаимодействии, взаимопроникновении так называемых содержательного и процедурного аспектов свободы договора. В научной литературе отмечается, что основными тенденциями развития принципа свободы договора являлись его конституционализация, с одной стороны, и распространение практики защиты более слабой стороны договора от несправедливых договорных условий – с другой2. В настоящее время указанные тенденции, несмотря на их, казалось бы, различный характер, существуют одновременно.

Так, немецкое право свободу договора определяет как свободу совершения договора и свободу его содержания. В англо-американском праве под свободой договора имеется в виду: 1) свобода заключать договор и не заключать его; 2) свобода выбора контрагента; 3) свобода

1 Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 [Электронный ресурс]. URL:

2 Карапетов А. Г. Свобода договора и ее пределы. Т. 1. Теоретические, исторические и политико-правовые  
основания принципа свободы договора и его ограничений / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. М., 2012 //  
КонсультантПлюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система.

выбора условий договора; 4) свобода обеспечения исполнения договора; 5) свобода определять размер ожидаемых убытков в случае нарушения договора; 6) возможность уступки прав и перевода долга по договору; 7) свобода выбора формы договора; 8) свобода выбора цели договора (то есть право контрагентов установить конечный результат, который ожидается от заключаемого договора) и т. д. Данный перечень не является исчерпывающим.

Российское право не стало исключением в части закрепления принципа свободы договора. Более того, толкование данного принципа здесь представлено наиболее полно и широко – в ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). В целом также иные положения названного Кодекса буквально пронизаны духом данного принципа и воплощением указанной нормы.

Однако возникает вопрос о том, является ли принцип свободы договора таким абсолютным и неограниченным, или всё же есть какие-либо ограничения закона в этой сфере. Очевидно, что безмерная свобода в юридическом смысле не является хорошим показателем функционирования современного гражданского оборота, поскольку таковая может влечь нарушения норм закона и злоупотребления предоставленным правом. Поэтому объективные условия развития гражданского оборота требуют установления пределов этой самой свободы договора, выражающихся в установлении её границ и последствиях несоблюдения данных границ. В связи с тем, что понятие «свобода» является по своей сути философским, хочется привести цитаты великих мыслителей, как наиболее точно отражающих значение этого слова. В частности, писал: «Мы должны быть рабами законов, чтобы стать свободными1». Юстиниан указывал, что «свобода есть естественная способность каждого делать то, что ему угодно, если это не запрещено силой или правом2». Шарль Луи де Секонда Монтескьё отмечал, что «свобода есть право делать все, что дозволено законами. Если бы гражданин мог делать то, что этими законами запрещается, то у него не было бы свободы, так как то же самое могли бы делать и прочие граждане3». Вольтер говорил, что «свобода состоит в том, чтобы зависеть только от законов4».

Таким образом, можно говорить о том, что свобода договора, как проявление свободы в целом, тесно связана с законом и не является безграничной. В этом смысле одним из инструментов законодателя наряду с такими, как признание сделки недействительной, применение компенсационных мер и т.п., является институт незаключённости договора, предполагающий возможность квалификации отношений сторон в качестве отсутствующих. Однако в то же время далеко не всегда установление границ осуществления свободы договора

1 Ванян А. Б. Афоризмы о юриспруденции / А. Б. Ванян. М., 1999. С. 240.

3 Ш. Л. де Монтескьё. О духе законов. 1848.

4 Вольтер. Мысли о государственном управлении. 1752.

несёт в себе негативный аспект, и институт незаключённости договора также об этом свидетельствует. Сущность института незаключённости договора, его главное предназначение состоят в том, чтобы устранять сомнения в наличности договора и тем самым устанавливать наличие (отсутствие) тех или иных прав и обязанностей.

Сам по себе институт незаключённости договора, представляется, берёт своё начало из римского права, хотя многие авторы не согласны с данным тезисом. В литературе доминирует точка зрения, согласно которой институт незаключённости договора не был известен римскому праву. И данная позиция не лишена своих оснований, поскольку особенностью рассматриваемой категории является скудный характер и уровень её правовой регламентации на законодательном уровне, в связи с чем в юридической литературе есть сомнения в её существовании и возникают различного рода дискуссии по этому поводу. Вместе с тем, думается, что в настоящее время подобные споры лишены своего смысла, поскольку и законодательство, и практика правоприменительных органов свидетельствуют о наличности указанного института в гражданском праве. Так, в данный период времени осуществляется внедрение в ГК РФ норм, явившихся результатом реформирования гражданского законодательства, где значительную часть составляют нормы, касающиеся квалификации договора в качестве незаключённого. На уровне правоприменения принято информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными», где своё отражение нашли многие насущные вопросы практики применения данного института.

В подтверждение актуальности темы исследования приведём статистические данные рассмотрения обозначенной категории споров на примере показателей Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа.

Так, в 2017 г. Арбитражным судом Восточно-Сибирского округа рассмотрено 23 дела по спорам о заключении договора, что составляет 1,2% от общего количества дел, рассмотренных судом округа (4 982), в 2016 г. – 39 дел (0,8% от общего количества дел, рассмотренных судом округа (4 720)), в 2015 г. – 42 дела (0,9% от общего количества рассмотренных дел (4 625))1.

Из приведенных статистических сведений очевидна тенденция увеличения количества дел, рассматриваемых по категории спора о заключении договоров.

Отмеченное позволяет говорить о том, что исследования, посвящённые изучению и анализу правовых механизмов, направленных на стабилизацию современного гражданского оборота и защиту оспариваемых прав и свобод его субъектов, широко применяющихся на практике, к коим относится и институт незаключённости гражданско-правового договора, несут в себе высокую степень актуальности.

**Степень научной разработанности темы исследования.** Незаключённость договора как таковая в глазах юристов выглядит как само собой разумеющееся последствие отсутствия договора и, как принято утверждать в литературе, некое правовое «ничто». Распространено мнение, что констатация незаключённости договора каких-либо специальных последствий не вызывает. Существование подобного взгляда на анализируемую категорию гражданского права предопределяет недостаточную разработанность данной темы в науке и отчасти, как следствие, неправильное её применение на практике.

В настоящее время можно выделить труды следующих авторов, осуществивших наиболее полные исследования, посвящённые проблеме незаключённости договора: С. В. Левичев1, В. А. Кияшко2, И. Е. Степанова3, А. А. Савин4. Также частично вопрос о незаключённости договора затронут в работе А. В. Баринова, посвящённой вопросам заключения договора в общем порядке5.

Учитывая несомненно высокий научный уровень указанных работ, следует всё же отметить, что категория незаключённости договора в них рассматривается либо исключительно в соотношении с недействительностью сделок, либо в работах раскрывается только отдельная часть вопросов, касающихся её природы и применения, что обусловливается, очевидно, их спецификой и кругом интересов авторов. За рамками исследований остаются такие, в частности, вопросы, как понимание незаключённости договора в качестве юридического факта с соответствующим обоснованием позиции, признание незаключённости договора в качестве самостоятельного способа защиты гражданских прав, порядок признания договора незаключённым и др.

В юридическом сообществе в настоящее время вновь возрастает интерес к данной теме исследования в связи с реформированием гражданского законодательства и соответствующим внедрением новых норм, нуждающихся в своём толковании. Поэтому можно встретить некоторые заслуживающие внимания статьи в периодических изданиях, касающиеся отдельных вопросов применения института незаключённости договора на практике. Вместе с тем отличительной особенностью данных работ является недостаточная последовательность в изложении тех или иных подходов и не вполне убедительная аргументация в связи с отсутствием в цивилистике прочной теоретической базы.

1 Левичев С. В. Незаключенные договоры: вопросы теории и практики: дисс. … канд. юрид. наук. 12.00.03 /  
С. В. Левичев. М., 2011. 191 с.

2 Кияшко В. А. Теоретические проблемы и последствия несостоявшихся сделок: дис. … канд. юрид. наук. 12.00.03  
/ В. А. Кияшко. Краснодар, 2005. 177 с.

3 Степанова И. Е. Недействительность и незаключённость гражданско-правового договора: проблемы теории и  
практики: дис. … канд. юрид. наук. 12.00.03 / И. Е. Степанова. СПб., 2007. 232 с.

4 Савин А. А. Последствия договоров, считающихся незаключёнными по российскому гражданскому праву: дис. …  
канд. юрид. наук. 12.00.03 / А. А. Савин. М., 2010. 144 с.

5 Баринов А. В. Заключение гражданско-правового договора в общем порядке: дис. … канд. юрид. наук. 12.00.03 /  
А. В. Баринов. Рязань, 2004. 217 с.

Изложенное позволяет прийти к выводу о необходимости вновь обратиться к категории незаключённости договора на уровне диссертационного исследования и переосмыслить её как с доктринальных позиций, так и с позиций правоприменительной деятельности.

**Цель настоящего исследования** – выявить понятие и сущность конструкции незаключённости договора как юридического факта и института гражданского права через анализ актуальных проблем понимания её правовой природы и реализации в правоприменительной деятельности.

Для достижения указанной цели исследования поставлены следующие **задачи**:

1. изучить историю возникновения конструкции незаключённости договора в частном праве, начиная со времён римского права и заканчивая современным периодом развития гражданского оборота как в России, так и за рубежом;
2. определить правовую природу категории незаключённости договора с точки зрения возможности её признания в качестве самостоятельного юридического факта;
3. определить место незаключённости договора с позиций самостоятельного института в системе гражданского права;
4. определить понятие и правовую природу существенных условий договора;
5. определить правовую природу передачи имущества по реальному договору;
6. определить значение неисполнения требования о государственной регистрации для признания договора незаключённым;
7. рассмотреть отдельные вопросы порядка признания договора незаключённым;
8. дать общую характеристику правовым последствиям признания договора незаключённым, представить их классификацию.

**Методологическую основу** данного исследования составили общенаучные (анализ, синтез, дедукция, индукция, абстрагирование, аналогия, восхождение от общего к частному, от абстрактного к конкретному) и специальные (исторический, системно-структурный, функциональный, формально-юридический и сравнительно-правовой) методы научного познания.

**Теоретическую основу** настоящего исследования составили труды российских и зарубежных цивилистов: М. М. Агаркова, С. С. Алексеева, В. А. Белова, В. С. Белых, Е. С. Болтановой, М. И. Брагинского, С. Н. Братуся, А. В. Венедиктова, В. В. Витрянского, Ф. И. Гавзе, К. В. Гницевича, Б. М. Гонгало, В. П. Грибанова, В. В. Груздева, Д. В. Дождева, А. В. Егорова, Ю. П. Егорова, Л. Г. Ефимовой, О. С. Иоффе, А. Г. Карапетова, В. А. Кияшко, О. А. Красавчикова, Е. А. Крашенинникова, А. Н. Кучера, С. В. Левичева, Ю. Г. Лесковой, Д. И. Мейера, С. Ю. Морозова, Д. И. Мындря, И. Б. Новицкого, И. Ю. Павловой, И. А. Покровского, Н. В. Рабинович, В. В. Ровного,

В. А. Рясенцева, Р. Саватье, А. А. Савина, О. Н. Садикова, И. Е. Степановой, Ю. К. Толстого, Д. О. Тузова, Р. О. Халфиной, Б. Л. Хаскельберга, Л. А. Чеговадзе, В. П. Шахматова, И. Ю. Шеметовой, Г. Ф. Шершеневича, А. М. Эрделевского, Р. фон Иеринга, и других учёных.

**Нормативную основу** исследования составляют положения ГК РФ, иных нормативных правовых актов Российской Федерации и нормы международного права.

**Эмпирическая основа** работы складывается из различных актов судебных органов – постановлений, определений, информационных писем и т.п., связанных с темой диссертационного исследования.

**Объектом** **исследования** являются общественные отношения, связанные с

незаключённостью договора в гражданском праве России.

**Предметом исследования** выступают нормы гражданского законодательства

Российской Федерации, акты судебных органов.

**Научная новизна исследования** определяется осуществлением комплексного анализа конструкции незаключённости договора как юридического факта и связанного с ним института гражданского права с выявлением актуальных проблем понимания её правовой природы и реализации в правоприменительной деятельности.

По результатам исследования выработаны следующие **положения, выносимые на защиту:**

1. Преддоговорное правоотношение сторон, легитимированное в ст. 434.1 ГК РФ, как таковое, представляя собой внешне выраженную волю – волеизъявление, проявляющееся в совершении определённых действий или ином выражении намерения достичь соглашения по тем или иным пунктам, направлено на создание юридического факта в виде заключённого договора. Соответственно, совокупность действий сторон преддоговорного правоотношения представляет собой один из элементов фактического состава в виде заключённого договора, установление отсутствия которого судом в ряде случаев влечёт незаключённость договора. При этом вопрос применения мер преддоговорной ответственности должен разрешаться единовременно с установлением факта незаключённости договора при наличии соответствующих оснований (при установлении факта недобросовестного ведения или прерывания переговоров о заключении договора) в целях процессуальной экономии и эффективного отправления правосудия.
2. Основаниями для признания договора незаключённым являются: 1) несогласование существенных условий договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ). При этом достижение consensus является необходимым условием для возможности согласования существенных условий договора, под которыми необходимо понимать те условия, отнесение которых к их разряду предусмотрено

императивной нормой закона либо вытекает из существа того или иного договора и о согласовании которых заявлено одной из сторон; 2) отсутствие передачи имущества по реальному договору (п. 2 ст. 433 ГК РФ), под которой понимается самостоятельная, вспомогательная, распорядительная и каузальная сделка, опосредующая перемещение вещи; 3) отсутствие государственной регистрации договора – для третьих лиц, если необходимость таковой предусмотрена законом (п. 3 ст. 433 ГК РФ). При этом наличие (отсутствие) государственной регистрации договора не имеет конститутивного значения для возникновения правоотношения сторон.

1. Незаключённость договора представляет собой нетипичный отрицательный юридический факт, проявляющийся в отсутствии договора как такового. Словосочетания «незаключённый договор» и «незаключённость договора» соотносятся следующим образом. В случае установления наличия оснований для признания договора незаключённым констатируется, прежде всего, незаключённость договора как таковая (то есть факт отсутствия его заключения), а затем уже данный договор провозглашается для сторон и третьих лиц как незаключённый в противовес любому договору, признанному правом, с тем чтобы их разделить как не совпадающие правовые явления.
2. В целях констатации факта незаключённости договора необходимо прежде установить несостоятельность сделки (то есть то, что данная сделка является несостоявшейся), лежащей в основании такого договора. Без установления факта несостоятельности сделки невозможно установить факт незаключённости договора, это последовательные этапы признания договора незаключённым.
3. Незаключённость договора предстаёт в гражданском праве как самостоятельный институт, не совпадающий ни в коей мере с институтом недействительности сделки. Незаключённость договора и недействительность сделки – категории разнопорядковые и взаимоисключающие как по своим основаниям возникновения, так и по наступающим правовым последствиям. Следует различать предмет недействительности, в качестве которого выступает сделка, и предмет незаключённости, которым является договор в целом как регулятор отношений сторон.
4. Признание договора незаключённым представляет собой самостоятельный способ защиты гражданских прав наряду с предусмотренными ст. 12 ГК РФ. При определении дефиниции «защита права» в рассматриваемом аспекте предлагается исходить из комплексного подхода. Защита права выступает как правовой результат, которым является констатация договора незаключённым или заключённым, и, как следствие, устранение неопределённости. При этом субъектами такой защиты выступают как сами заинтересованные

лица, так и судебные органы, осуществляющие соответствующую деятельность посредством реализации их дискреционных полномочий.

1. Действия, совершённые сторонами или одной из сторон договора, признанного незаключённым, могут свидетельствовать о наличии между ними правоотношения при установлении судом данного обстоятельства. Речь идет о так называемых «фактических отношениях сторон». Фактическое отношение – действие, являющееся цельным, совокупным, предопределённым обеими сторонами, необходимо рассматривать как особый юридический факт. При этом фактические отношения могут являться преддоговорными и обусловливающими исполнение по «договору». Если данные отношения являются преддоговорными, суд применяет соответствующие нормы о преддоговорной ответственности в случае наличия к тому оснований либо «реанимирует» незаключённый договор, признавая его заключённым. Если же данные отношения являются самостоятельными, опосредующими исполнение по незаключённому договору, суд в каждом случае исходя из конкретных обстоятельств дела через категорию «фактических отношений» квалифицирует такие отношения либо в качестве договора, изначально заключаемого сторонами, либо в качестве другого договора, предусмотренного законом, либо в качестве иного непоименованного законом договора.
2. Незаключённость договора как самостоятельный юридический факт влечёт возникновение определённого рода правовых последствий, отличных от последствий недействительности сделок и не безразличных в целом для права и субъектов гражданского оборота. Классификацию правовых последствий незаключённости гражданско-правового договора можно представить следующим образом:
3. исходя из критерия собственно незаключённости договора как юридического факта: а) констатация отсутствия договора; б) прекращение «договора» (то есть того действия, которое подразумевало наличие некоего правоотношения); в) возврат неосновательного обогащения;
4. в зависимости от добросовестности (недобросовестности) действий сторон в преддоговорных отношениях: взыскание убытков с недобросовестной стороны или отсутствие такого взыскания;
5. в зависимости от наличия фактических отношений сторон в связи с договором, признанным незаключённым: а) «исцеление» договора, на заключение которого была изначально направлена воля сторон; б) переквалификация отношений сторон в иной договор, предусмотренный ГК РФ; в) переквалификация отношений сторон в иной договор, не поименованный ГК РФ; г) констатация отсутствия фактических отношений сторон.

**Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования.**

Теоретическая значимость проведённого исследования состоит в комплексном  
рассмотрении категории незаключённости договора в плоскости как уже существующих и  
широко обсуждаемых в юридическом сообществе проблем определения её правовой природы,  
признаков, соотношения с иными категориями гражданского права, так и попытки раскрытия  
вопросов, ещё не поставленных ранее наукой, но выявленных в процессе анализа  
правоприменительной практики и обозначенных в настоящем исследовании. В частности, в  
работе подробно рассмотрены такие вопросы, как: проблемы определения незаключённости  
договора как самостоятельного юридического факта, проблемы правовой регламентации  
института незаключённости договора, проблемы квалификации преддоговорных отношений  
сторон для целей признания договора незаключённым, проблемы квалификации фактически  
сложившихся отношений сторон, особенности признания договора незаключённым как  
самостоятельного способа защиты права и порядка рассмотрения подобных споров, и иные  
вытекающие отсюда сопутствующие вопросы. В работе предпринята попытка

многоаспектного рассмотрения проблем конструкции незаключённости договора, в частности, по её правоприменению.

Отсюда следует и практическая значимость представленной работы, проявляющаяся в выработке определённого рода рекомендаций, подходов и выводов в разрешении тех или иных вопросов, которые могут быть использованы как в правоприменительной, так и в правотворческой деятельности, направленной на совершенствование действующего законодательства, а также в преподавательской деятельности при проведении лекционных и семинарских занятий. Вместе с тем практическая значимость и ценность проведённого исследования также предопределяются ещё не сложившейся практикой применения внедренных норм в ГК РФ в области заключения договоров, а значит, возможным выявлением некоторых проблем их применения на данном этапе, подходы к разрешению которых предложены в настоящей работе.

**Степень достоверности результатов исследования** обусловлена всесторонним анализом научных трудов российских и зарубежных цивилистов различных исторических периодов, нормативно-правовой базы, актов судебных органов в объеме, необходимом для достижения цели настоящего исследования.

**Апробация результатов исследования.** Представленная работа подготовлена на кафедре гражданского права Юридического института Иркутского государственного университета, где осуществлены её обсуждение и рецензирование. Основные положения опубликованы автором в научных статьях.

**Структура диссертации** определена целью и задачами исследования. Работа состоит из введения, трёх глав, подразделённых на восемь параграфов, заключения и списка

использованных источников, включающего в себя нормативные правовые акты, специальную литературу и акты правоприменительной практики.