

На правах рукописи

Зейналова

Зейналова Рагима Алиевна

**НЕЗАКЛЮЧЁННОСТЬ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА:
ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание учёной степени

кандидата юридических наук

Новосибирск – 2018

Работа выполнена в федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Иркутский государственный университет», на кафедре гражданского права.

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент
Климович Александр Владимирович

Официальные оппоненты:

Морозов Сергей Юрьевич, доктор юридических наук, профессор, федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Ульяновский государственный университет», заведующий кафедрой гражданского права и процесса, декан юридического факультета

Подшивалов Тихон Петрович, кандидат юридических наук, доцент, федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Южно-Уральский государственный университет (национальный исследовательский университет)»

Ведущая организация:

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта» (г. Калининград)

Защита состоится 9 октября 2018 г. в 10 час. 00 мин. на заседании объединенного совета по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук Д 999.126.03 на базе ФГАОУ ВО «Новосибирский национальный исследовательский государственный университет» по адресу: г. Новосибирск, Академгородок, ул. Пирогова, д. 1, корп. Ректорат, ауд. 414, зал заседаний Учёного совета НГУ.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке НГУ и на сайте: <https://www.nsu.ru>; <https://www.dvfu.ru>; <http://law.sfu-kras.ru>

Автореферат разослан « ___ » _____ 20__ г.

Учёный секретарь
диссертационного совета



Коротких Н.Н.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

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 частно-правовой 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: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf>

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, Цицерон 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 Монтескье 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.

² https://ru.wikiquote.org/wiki/%D0%AE%D1%81%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D0%B0%D0%BD_I

³ Ш. Л. де Монтескье. 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 наличии 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 наличии 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 незаключёнными», 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.

¹ http://fasvso.arbitr.ru/obzori_i_obobsheniya/sudebnaya_statistika/

Степень научной разработанности темы исследования. Незаклѳченность 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 незаклѳченности 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, посвященные проблеме незаклѳченности договора: С. В. Левичев¹, В. А. Кияшко², И. Е. Степанова³, А. А. Савин⁴. Также частично вопрос о незаклѳченности договора затронут в работе А. В. Барина, посвященной вопросам заключения договора в общем порядке⁵.

Учитывая несомненно высокий научный уровень указанных работ, следует все же отметить, что категория незаклѳченности 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 обуславливается, очевидно, их спецификой и кругом интересов авторов. За рамками исследований остаются такие, в частности, вопросы, как понимание незаклѳченности договора в качестве юридического факта с соответствующим обоснованием позиции, признание незаклѳченности договора в качестве самостоятельного способа защиты гражданских прав, порядок признания договора незаклѳченным 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 незаклѳченности 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. Незаклѳченные 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 незаклѳченность 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 незаклѳченными по российскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03 / А. А. Савин. М., 2010. 144 с.

⁵ Барин А. В. Заключение гражданско-правового договора в общем порядке: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03 / А. В. Барин. 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. Гнищевича, 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. Мындра, 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 одновременно 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.

3. Незаклѳченность договора представляет собой нетипичный отрицательный юридический факт, проявляющийся в отсутствии договора как такового. Словосочетания «незаклѳченный договор» и «незаклѳченность договора» соотносятся следующим образом. В случае установления наличия оснований для признания договора незаклѳченным констатируется, прежде всего, незаклѳченность договора как таковая (то есть факт отсутствия его заключения), а затем уже данный договор провозглашается для сторон и третьих лиц как незаклѳченный в противовес любому договору, признанному правом, с тем чтобы их разделить как не совпадающие правовые явления.

4. В целях констатации факта незаклѳченности 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 незаклѳченности договора, это последовательные этапы признания договора незаклѳченным.

5. Незаклѳченность договора предстаёт в гражданском праве как самостоятельный институт, не совпадающий ни в коей мере с институтом недействительности сделки. Незаклѳченность 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 незаклѳченности, которым является договор в целом как регулятор отношений сторон.

6. Признание договора незаклѳченным 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 незаклѳченным или заклѳченным, и, как следствие, устранение неопределѳнности. При этом субъектами такой защиты выступают как сами заинтересованные

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

7. 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 обуславливающими 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.

8. 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:

1) 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;

2) в зависимости от добросовестности (недобросовестности) действий сторон в преддоговорных отношениях: взыскание убытков с недобросовестной стороны или отсутствие такого взыскания;

3) 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) перекалфикация отношений сторон в иной договор, предусмотренный ГК РФ; в) перекалфикация 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 внедрённых 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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **Введении** обосновывается актуальность темы исследования, определяются объект и предмет, цель и задачи исследования, раскрывается научная новизна, отмечаются теоретическая и практическая значимость исследования.

Глава первая «Общая характеристика института незаключённости гражданско-правового договора» включает три параграфа.

В **первом параграфе «Сравнительно-правовой анализ истории возникновения и становления института незаключённости гражданско-правового договора в частном праве»** осуществляется анализ истории возникновения и становления категории незаключённости договора в частном праве.

Упоминание о незаключённости договора можно встретить в источниках римского права, согласно которым существовал некий предикат *nullus*. Данный термин применительно к юридическому акту означал отрицание существования вообще какого-либо акта и *de-jure*, и *de-facto*. *Nullus*, по существу, приравнивался к *non nullus* («нет акта»). Это свидетельствует о том, что в римском праве соответствующий акт либо наличествовал (тогда он влёл за собой правовой эффект и не мог ни в коем случае считаться ничтожным с момента самого его заключения), либо отсутствовал (здесь, напротив, не наступало вообще никакого эффекта).

Незаключённость договора как таковая имела место быть в римском праве в смысле несостоятельности (несуществования) сделки, когда не было в наличии всех элементов состава в виде заключённого договора. В этой связи в римском праве незаключённость договора могла пониматься не в смысле ничтожности сделки, как указывается зачастую в литературе, а ничтожность сделки могла пониматься в смысле незаключённости договора. При этом очевидно, что чёткого разграничения указанных категорий не осуществлялось.

Первые попытки разграничения категорий ничтожности и незаключённости стали производиться во Франции в 18-19 вв. в силу действия принципа *pas de nullites sans texte* (нет ничтожности без текста (то есть без прямого указания на неё в законе)). Согласно данному принципу любые браки, даже те, которые не могли быть заключены в принципе, могли быть признаны действительными, поскольку в законе не указано на их ничтожность. В этой связи французы прибегли к понятию «несуществующего брака». Данная концепция стала постепенно распространяться и на другие отрасли права, причем не только во Франции, но и в иных странах.

Незаклѳченность договора в праве зарубежных государств упоминается так или иначе через терминологию «несостоявшихся», «несостоятельных» сделок, «несовершенных» договоров и т.д., однако значение ей придаётся различное. Незаклѳченность договора определяется то путём отождествления с недействительностью сделок, то путём попытки установления правил соотношения данных институтов как части с целым, то путём признания отчасти самостоятельного характера незаклѳченности договора.

В российском законодательстве норма ст. 432 ГК РФ, как показывают источники права, стала своеобразным итогом эволюции отечественного гражданского права в данной части.

Так, согласно ГК РСФСР 1922 г. договор признавался заклѳченным, когда стороны выразили друг другу – в подлежащих случаях в требуемой законом форме – согласие по всем существенным его пунктам. Существенными, во всяком случае, признавались предмет договора, цена, срок, а также все те пункты, относительно которых по предварительному заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (ст. 130).

В ГК РСФСР 1964 г. также было указано, что договор считается заклѳченным, когда между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным его пунктам. Существенными являлись те пункты договора, которые признаны таковыми по закону или необходимы для договоров данного вида, а также все те пункты, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (ст. 160).

Положение аналогичного рода содержалось и в ст. 58 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Стоит заметить, что в целом ни доктрина, ни судебная практика тех лет долгое время не признавали институт незаклѳченности договора как таковой, подразумевая под ним и подменяя его институтом недействительности сделок как единственно возможным. Цивилисты рассматривали недействительную сделку как несостоятельную, а потому говорили об отсутствии сделки. Можно сказать, что признание по своей сути договора незаклѳченного недействительной сделкой для них было очевидным и не поддающимся сомнению умозаключением. Поэтому вполне логична и распространѳнность мнения о том, что соответствующие нормы закона, имея в виду случаи заклѳченности договора, подразумевают под собой институт недействительности сделок.

В советское время и вовсе не могло идти и речи о незаклѳченности договора в силу обусловленности отношений между социалистическими организациями плановым характером экономики, а также ввиду наличия такого термина-принципа, как «договорная дисциплина».

Впоследствии с развитием товарно-денежного оборота у цивилистов стали возникать сомнения относительно целесообразности использования института недействительности сделок к договорам, признаваемым по своей сути незаключёнными, исходя из текста закона.

Во втором параграфе «Понятие и правовая природа незаключённости гражданско-правового договора» посредством анализа существующих в цивилистической литературе точек зрения на процедуру заключения договора, правовую природу договора, понятие и классификацию юридических фактов, а также анализа норм действующего законодательства определяется понятие и правовая природа незаключённости гражданско-правового договора.

Под незаключённостью договора понимается нетипичный отрицательный юридический факт, проявляющийся в отсутствии договора как такового ввиду несогласования сторонами существенных условий договора либо отсутствия передачи вещи по реальному договору, а также ввиду несоблюдения требования к государственной регистрации договора – для третьих лиц, если иное не установлено законом.

Отмечается, что для признания договора незаключённым, необходимо установить, в первую очередь, несостоятельность сделки сторон, а уже затем следует применять последствия незаключённости договора, предварительно её констатировав. В случае когда сделка не состоялась (отсутствует consensus), констатируется факт наличия несостоявшейся сделки, следовательно, и договор впоследствии признаётся незаключённым. Действия, совершаемые при незаключённом договоре, сделкой по общему правилу не признаются. При этом 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 заключённому договору с тем, чтобы их разделить как не совпадающие правовые явления.

Понятие «незаключённость договора» охватывает собой два возможных варианта: первый – когда стороны согласовали взаимное волеизъявление по договору, обо всём условились, но не выполнили условия, предусмотренные законом для заключённости договора; второй – когда стороны своё волеизъявление не выражают явно, но их взаимная воля и действия говорят о наличии между ними соглашения.

В этой связи в работе указывается на квалифицирующее значение преддоговорных отношений сторон для признания договора незаключённым, анализируется их правовая природа через призму положений о преддоговорной ответственности. Отмечается, что стороны, выбирая для себя какую-либо из законодательно закреплённых моделей преддоговорных отношений, избирают, прежде всего, способ заключения договора, несоблюдение в полной мере процедуры которого влечёт либо преддоговорную

ответственность и незаключённость договора одновременно (при ведении переговоров), либо только незаключённость договора – в иных случаях. Само же по себе преддоговорное правоотношение сторон как таковое, представляя собой внешне выраженную волю – волеизъявление, направлено на создание юридического факта в виде заключённого договора. Соответственно, оно во всех своих проявлениях являет собой один из элементов фактического состава в виде заключённого договора, отсутствие которого в ряде случаев (когда стороны оговорили таковое, и когда их действия свидетельствуют о намерении заключить договор) влечёт незаключённость договора. То есть преддоговорные отношения играют двоякую роль – имеют определённое значение для признания договора заключённым и, с другой стороны, могут влечь признание договора незаключённым. При этом вопрос применения мер преддоговорной ответственности должен разрешаться одновременно 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.

Третий параграф «Место института незаключённости договора в российском гражданском праве» посвящен исследованию места незаключённости договора как совокупности правовых норм в системе гражданского права. Обосновывается, что незаключённость договора представляет собой самостоятельный институт гражданского права, не совпадающий с институтом недействительности сделок. В этой связи анализируются существующие противоречия в действующем законодательстве в части их правовой регламентации и имеющаяся судебная практика.

В частности, рассматривается п. 2 ст. 168 ГК РФ, согласно которому в случае, если из закона не следует оспоримость сделки или применение других последствий нарушения, которые не связаны с недействительностью, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна.

Указанной нормой разводятся правовые последствия квалифицируемой сделки, подразумевая иные, кроме недействительности, последствия. Между тем положения закона о заключении договора носят не обязывающий, а рекомендательный характер, в ином случае договор просто не будет заключён, никаких негативных последствий, в частности, уменьшающих имущественную сферу сторон такого «договора», не наступает; лишь возвращается то, что было неосновательно приобретено или сбережено. Признание договора незаключённым означает констатацию отсутствия совершившейся сделки, потому и оценивать с точки зрения правомерности нечего. Сам же по себе факт отсутствия договора также нельзя расценивать как правомерное или неправомерное действие сторон, поскольку, во-первых,

заключение договора – результат совокупного волеизъявления сторон, отсутствие которого и, соответственно, отсутствие необходимых элементов договора не расценивается в качестве правомерного или неправомерного действия, а рассматривается просто как наличие отсутствия договора, и, во-вторых, незаключение договора само по себе не является правонарушением, а потому не приходится говорить о противоправности.

Глава вторая «Основания признания гражданско-правового договора незаключённым» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе «Несогласование существенных условий договора как основание для признания договора незаключённым» анализируется понятие существенных условий договора для целей признания договора незаключённым в случае их несогласования и даётся их характеристика. К существенным условиям договора необходимо относить условие о предмете, под которым следует понимать материальные и нематериальные блага, а также в определённых случаях – действия обязанного лица. В остальных случаях (условия о цене, сроке, качестве) к существенным можно отнести лишь те условия, отнесение которых к их разряду предусмотрено императивной нормой закона либо вытекает из существа того или иного договора, поскольку не может быть определено иначе, как посредством согласования сторонами, пускай даже в законе не предусмотрено последствие его несогласования в виде незаключённости. К существенным также необходимо относить те условия, о согласовании которых заявлено одной из сторон.

Делается вывод о том, что договор будет считаться незаключённым в случае несогласования существенных условий лишь тогда, когда это самое условие нельзя определить по правилам толкования договора.

Во втором параграфе «Отсутствие передачи имущества по реальному договору как основание для признания договора незаключённым» осуществляется анализ правовой природы передачи, в отсутствие которой договор можно считать незаключённым. Указывается, что в своей основе конструкция реального договора имеет два акта – соглашение и передачу (традицию). При этом в первом случае стоит говорить именно о достижении consensus между сторонами. Подтверждением наличия этого согласия между сторонами является наступление второго юридического факта в виде передачи вещи.

В силу положений ст. 224 ГК РФ необходимо говорить о передаче именно вещи. Причём от самой передачи как некоего действия, направленного на перемещение вещи, закон отличает случаи, когда обязанность передать товар считается исполненной (например, ст. 458 ГК РФ). Передачу следует рассматривать как самостоятельную, вспомогательную, распорядительную и каузальную сделку, опосредующую перемещение вещи. При этом передача, произведённая не во исполнение сделки, лежащей в основании, а самостоятельно и

автономно, только лишь в предусмотренных законом случаях может породить какие-либо последствия.

Обосновывается возможность трансформации сторонами конструкции договора (реальной или консенсуальной), в частности, посредством заключения предварительного договора или применения потестативных условий. Отмечается, что в каждом конкретном случае суд должен выяснять обстоятельства спора, оценивать действия сторон с точки зрения добросовестности, наличия признаков злоупотребления правом.

В третьем параграфе «Неисполнение требования о государственной регистрации договора как основание для признания договора незаключённым» анализируются положения гражданского законодательства и акты судебной практики применительно к признанию договора незаключённым в случае невыполнения сторонами правоотношения требования закона – государственной регистрации договора. Исходя из прямого толкования п. 3 ст. 433 ГК РФ в случае невыполнения данного требования договор будет считаться незаключённым, если иное не предусмотрено законом.

Делается вывод о том, что регистрация как таковая не может влиять на согласованные сторонами условия договора, следовательно, и не может обладать конститутивным значением для признания договора заключённым, в том числе для третьих лиц. В таком случае фактические отношения сторон по такому договору, обуславливающие его динамику, не исключают состояние незаключённости такого договора, становящееся, по сути, «застывшим» (до момента подачи соответствующего заявления в суд о признании такого договора незаключённым и признания его таковым). Данный подход связан с пониманием договора как документа, незаключённость которого является следствием наличия дефекта в его оформлении – государственной регистрации.

Глава третья «Порядок признания договора незаключённым и правовые последствия такого признания» представлена двумя параграфами.

В первом параграфе «Порядок признания договора незаключённым» на основе положений норм закона и материалов судебной практики выявляются и анализируются актуальные проблемы порядка признания договора незаключённым.

На основе исследования категории «защита права» делается вывод о незаключённости договора как самостоятельном способе защиты права, не сводящемся к вещно-правовым или обязательственно-правовым способам защиты и субъектом которой выступают как заинтересованные лица, так и судебные органы.

Признание договора незаключённым представляет собой специфический (специальный) способ защиты, наряду с предусмотренными в ст. 12 ГК РФ, поскольку, в

первую очередь, направлен на констатацию определённого факта – заключённости или незаключённости договора, и, как следствие, на устранение неопределённости.

Поскольку иск о признании договора незаключённым может быть направлен как на констатацию отсутствия правоотношения между сторонами в качестве правового последствия, так и на применение последствий возврата неосновательного обогащения, общий срок исковой давности (ст. 196 ГК РФ) к нему также применим на оба вида названных последствий.

Достаточно часто в судебной практике встречаются такие случаи, когда договор по всем своим внешним (формальным) признакам должен быть признан незаключённым, однако уже осуществлённые какой-либо из сторон определённые действия не позволяют это сделать. Поэтому формальная незаключённость договора ещё не свидетельствует о его содержательной незаключённости, когда действия сторон говорят о наличии между сторонами некоего соглашения (*consensus*), которое договором признать уже нельзя, поскольку суд признал таковой незаключённым. В данном случае предлагается вести речь о фактических отношениях сторон (согласованных действиях).

Анализ существующей судебной практики позволяет утверждать, что в целом категория фактических отношений сторон используется судами в случаях, когда: 1) сторонами не согласованы существенные условия договора, однако произведено исполнение одним из контрагентов; 2) характер преддоговорных отношений свидетельствовал о наличии между сторонами определённых связей, не являющихся договором. Первый случай использования конструкции фактических отношений довольно широко представлен в судебной практике. Последний случай выделен в связи с внесёнными изменениями в ГК РФ Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского Кодекса Российской Федерации», что предвосхищает возможные случаи на практике.

При этом следует отличать, с одной стороны, фактические отношения, являющиеся преддоговорными по своей природе, и с другой – фактические отношения, обуславливающие исполнение договора как такового.

Во **втором параграфе «Правовые последствия признания договора незаключённым»** осуществляется исследование правовых последствий признания договора незаключённым. Отмечается, что правовые последствия как таковые при признании договора незаключённым наступают всегда. Они зависят от того, в частности, было ли произведено между сторонами какое-либо исполнение. Если исполнение произведено не было, то суд лишь прекращает (аннулирует) существовавший между сторонами «договор» (отношение, которое подразумевало наличие правоотношения), констатируя незаключённость последнего. Соответственно, факт признания договора незаключённым в таком случае влечёт правовые последствия только в виде констатации отсутствия договора между лицами, то есть

устранение видимости наличия договора, что означает установление определённости во взаимоотношениях сторон. Если же исполнение было произведено по такому договору, то суд применяет положения гл. 60 ГК РФ. Положения о реституции, мерах, предусмотренных ст. 169 ГК РФ, и возмещении реального ущерба неприменимы.

Кроме того, в зависимости от наличия (отсутствия) фактических отношений и поведения сторон также следует выделить определённые правовые последствия. В этой связи предлагается следующая классификация правовых последствий незаключённости гражданско-правового договора:

1) 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;

2) в зависимости от добросовестности (недобросовестности) действий сторон в преддоговорных отношениях: взыскание убытков с недобросовестной стороны или отсутствие такого взыскания;

3) 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.

В **Заключении** делаются основные выводы, даются рекомендации и указывается на перспективы дальнейшего исследования категории незаключённости договора.

По теме диссертации автором опубликованы следующие работы, отражающие основные научные результаты исследования:

В ведущих рецензируемых научных журналах и изданиях, указанных в перечне Высшей Аттестационной Комиссии Министерства образования и науки Российской Федерации:

1. Зейналова Р. А. О правовых последствиях отсутствия государственной регистрации договора / Р. А. Зейналова // Сибирский юридический вестник. – 2014. – № 4. – С. 73 – 78.
2. Зейналова Р. А. Преддоговорные отношения в контексте признания договора незаключённым / Р. А. Зейналова // Сибирский юридический вестник. – 2015. – № 2. – С. 32 – 38.
3. Зейналова Р. А. Незаключённость гражданско-правового договора как юридический факт / Р. А. Зейналова // Сибирский юридический вестник. – 2016. – № 4. – С. 84 – 88.

4. Зейналова Р. А. К вопросу о значении фактических отношений контрагентов в аспекте признания договора незаключенным / Р. А. Зейналова // Юридический мир. – 2016. – № 10. – С. 63 – 66.

5. Зейналова Р. А. Признание договора незаключенным как самостоятельный способ защиты права / Р. А. Зейналова // Юрист. – 2017. – № 4. – С. 24 – 28.

В иных изданиях:

6. Зейналова Р. А. Неисполнение требования о государственной регистрации договора влечет его недействительность или незаключенность? / Р. А. Зейналова // Правовая политика современной России: реалии и перспективы: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 15-летию земской и судебной реформ в России. – Иркутск, 8 нояб. 2014 г. / ФГБОУ ВПО «ИГУ», Юрид. ин-т. – И.: Изд-во ИГУ, 2014. – С. 76 – 79.

7. Зейналова Р. Институт незаключенного договора в гражданском праве России / Р. Зейналова // Выдающиеся польские и российские цивилисты: материалы VIII польско-российской летней школы права (Санкт-Петербург, 24 - 26 июня 2014 г.) / под ред. Л. Москва; рец.: О. Городов, Д. Соколовска; Иркут. гос. ун-т, Юрид. ин-т, Университет им. Адама Мицкевича, С.-Петербур. гос. ун-т. – Познань: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2015. – С. 577 – 596.

8. Зейналова Р. А. О правовых последствиях признания договора незаключённым / Р. А. Зейналова // Современные проблемы правотворчества и правоприменения: материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции. – Иркутск, 24 марта 2017 г. / ФГБОУ ВО «Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России)» Иркутский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России). – И.: Изд-во Иркутский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2017. – С. 111 – 114.