

КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ  
ПОТЕСТАТИВНЫХ УСЛОВИЙ СДЕЛКИ  
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

А. И. БАХТИНА,\* Т. П. ПОДШИВАЛОВ\*\*

В статье рассматриваются проблемы, связанные с формулированием потестативных условий сделок, совершаемых в российском гражданском обороте. За рамками изменений гражданского законодательства, производимых на основе Концепции развития гражданского законодательства, осталось решение вопроса о допустимости совершения сделок на потестативных условиях, т. е. условиях, зависящих от воли стороны условного обязательства. В статье на основе анализа гражданского законодательства зарубежных стран и идей классиков российской цивилистики аргументируется возможность совершения сделок на потестативных условиях. Наиболее проблемным в судебной практике последнего десятилетия стал вопрос допустимости потестативных условий, что обуславливает особый интерес к нему. Отсутствие же сколь-нибудь подробной законодательной регламентации условных потестативных сделок и научно обоснованных представлений российской правовой доктрины об основных аспектах учения о потестативных сделках приводит к тому, что данный инструмент оказывается рискованным. Взвешенного подхода к решению проблем, связанных с институтом потестативных условий, на сегодняшний день не выработано. В противовес современной законотворческой тенденции предлагается допустить совершение гражданско-правовых сделок на потестативных условиях. Особое внимание в статье уделяется рассмотрению потестативных отменительных и отлагательных условий сделок.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** сделка, обязательство, условные сделки, условные обязательства, потестативные условия, потестативные сделки.

BAKHTINA A. I., PODSHIVALOV T. P. ADMISSIBILITY CRITERIA OF POTESTATIVE CONDITIONS OF A TRANSACTION IN CIVIL LAW

The article deals with the problems associated with the formulation of potestative conditions of transactions made in the Russian civil commerce. The issue of admissibility of transactions on potestative conditions, i. e. conditions within the

\* Бахтина Анастасия Игоревна — эксперт службы правового консалтинга ООО «Гарант-Евразия».

Bakhtina Anastasia Igorevna — expert of the Legal Consulting Service of LLC «Garant-Eurasia».

E-mail: bai@garant-region.com

\*\* Подшивалов Тихон Петрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Южно-Уральского государственного университета.

Podshivalov Tikhon Petrovich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of Civil Law and Procedure, South Ural State University.

E-mail: podshivalovtp@gmail.com

© Бахтина А. И., Подшивалов Т. П., 2014

control of the party to a contingent obligation, has remained beyond the changes in the civil law made on the basis of the Civil Law Development Concept. Based on the analysis of foreign countries' civil legislation and ideas of classical scholars of the Russian civil law science, the authors argue that it is possible to make transactions on potestative conditions. The most problematic issue in the case law of the last decade is the issue of admissibility of potestative conditions; this fact determines the special interest to this issue. The absence of detailed legislative regulation of conditional potestative transactions and evidence-based ideas of the Russian legal doctrine about the main aspects of the potestative transactions doctrine leads to the fact that this instrument poses risk. Nowadays there is no balanced approach to solving the problems associated with the institute of potestative conditions. As opposed to modern legislative trend, it is proposed to allow making civil transactions on potestative conditions. The article gives particular attention to the consideration of potestative resolutive and suspensive conditions of transactions.

KEYWORDS: transaction, obligation, contingent transactions, contingent obligations, potestative conditions, potestative transaction.

Потестативные условия сделки (*condicio potestativa*, от *potestas* — власть) — это такие условия, которые требуют для своего наступления действия или бездействия одной стороны условной сделки, при этом наступление условия может зависеть и от действий обеих сторон.

Хотя рассматриваемый институт достаточно распространен в доктрине, он не приобрел в ней достаточно четких очертаний, позволяющих, в частности, разграничить допустимые и недопустимые потестативные условия.

Действующее в России позитивное право ни в одной норме не упоминает о потестативных условиях. Отсутствие регламентации сделок с потестативным условием в российской правовой системе сокращает спектр возможной гибкого децентрализованного регулирования сторонами возникающих между ними отношений на основе принципа свободы договора.

В рамках реформирования гражданского законодательства на основе Концепции развития гражданского законодательства<sup>1</sup> обсуждался вопрос: запрещать или нет потестативные сделки (сделки под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон сделки)? Итогом обсуждения, с учетом различий высказанных идей, стало решение не изменять существующее положение, оставив вопрос о допустимости потестативных условий на усмотрение судов.

**1. Потестативные условия в гражданском законодательстве зарубежных стран.** Анализ исследуемого вопроса невозможен без обращения к отечественному и зарубежному опыту. Так, во Франции запрещенным является только потестативное условие, зависящее исключительно от воли должника (ст. 1174 ГК Франции). В частности, условие о том, что должник заплатит, если захочет, представляет собой потестативное и не имеет юридической силы. Другие же условия, в частности смешанные, являются допустимыми. Однако отграничение потестативных условий на стороне

<sup>1</sup> Концепция развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

должника от смешанных условий на его же стороне не является простым и механическим процессом и требует от судов определенных усилий. При этом, как отмечается в литературе, суды проводят политико-правовой анализ конкретного условия, чтобы определить его корректность.<sup>2</sup>

Аналогичные запреты на потестативные условия на стороне должника закреплены в законодательстве ряда стран (см. ст. 1115 ГК Испании, ст. 1355 ГК Италии, ст. 1170 ГК Луизианы, ст. 1500 ГК Квебека). При этом в законодательстве этих стран допустимо включение потестативного условия, зависящего от кредитора.

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

Законодательство Германии допускает условные сделки (ст. 158–162 Германского гражданского уложения), но прямо также не вводит ограничений на потестативные условия. В одних классических учебниках гражданского права высказывалась идея о том, что нет необходимости запрещать чисто потестативные условия.<sup>3</sup> В других же предлагалось считать невозможным существование условия, зависящего исключительно от произвольного усмотрения должника.<sup>4</sup>

Кроме того, международные акты унификации договорного права также не вводят каких-либо ограничений в отношении потестативных условий. В частности, Принципы европейского договорного права<sup>5</sup> содержат ряд норм, касающихся условных сделок, но нормы о запрете потестативных условий не предусматривают (ст. 16:101–16:103). Правда, в комментарии к ст. 16:101 указывается на то, что не может считаться полноценным обязательством обещание, настолько сильно зависимое от стороны договора, что означает полное отсутствие у него договорного обязательства.<sup>6</sup>

Возможность согласования потестативных условий в Англии ограничивается за счет доктрины иллюзорного встречного предоставления (*illusory consideration*), одна из импликаций которой запрещает согласование обязательства, дающего должнику права по собственному усмотрению уклониться от исполнения (по модели «исполню, если захочу» или «исполню, если не передумаю»). При наличии такого рода условия в контракте требование об исполнении встречного обязательства, взамен которого дается подобное иллюзорное обещание, может быть судом не поддержано со ссылкой на то, что ответчик не получает по условиям договора полноценного встречного предоставления (*consideration*), по общему правилу являющегося обязательным условием юридической силы двустороннего контракта. При этом сторона, давшая по договору иллюзорное обязательство, все же получает право требовать встречного исполнения, если она

<sup>2</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 36.

<sup>3</sup> Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумтом 2. М., 1950. С. 288.

<sup>4</sup> Дернбург Г. Пандекты. Т. I. Общая часть. М., 1906. С. 297.

<sup>5</sup> Принципы европейского договорного права, разработаны Комиссией по европейскому договорному праву Европейского Союза, часть III принята в 2002 г. / пер. на рус. А. Т. Амирова, Б. И. Пугинского // Вестник ВАС РФ. 2005. № 3–4.

<sup>6</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 39.

не воспользовалась своим правом воздержаться от исполнения и решила его все же произвести. Поэтому по большому счету наличие иллюзорного обязательства не является основанием для признания сделки недействительной, а лишь парализует возможность судебной защиты требования об исполнении встречного неиллюзорного обязательства, по крайней мере до тех пор, пока иллюзорное обязательство не будет исполнено.<sup>7</sup> Вообще английское договорное право не вмешивается в переговоры сторон относительно будущего договора, в том числе не возлагает на потенциальных контрагентов никаких обязанностей относительно процедур ведения переговоров, так как переговоры не являются юридическими действиями и не имеют правового эффекта.<sup>8</sup>

Американское право стремится в некоторых случаях исправлять перекосы, возникающие при согласовании (пользуясь континентально-европейской терминологией) потестативных условий, зависящих исключительно от усмотрения должника. Например, если встречное обязательство одной стороны поставлено под условие удовлетворенности от исполнения полученного ранее от контрагента, суды стремятся понимать критерий удовлетворенности объективно, а не субъективно, т. е. суд пытается установить, имелись ли объективные основания для неудовлетворенности в полученном исполнении.<sup>9</sup>

Следовательно, законодательство большинства стран допускает совершение условных сделок. Деление условий на случайные, смешанные и потестативные закреплено в законодательстве стран с развитой экономикой. При этом страны романской правовой семьи вводят на законодательном уровне запрет на потестативные условия на стороне должника. Аналогичное регулирование производится в правопорядках Англии и США, только не в рамках доктрины условных сделок, а через институт иллюзорных обязательств. В странах с развитой экономикой не существует тотального запрета на потестативные или смешанные условия (наступление которых зависит лишь частично от воли должника). Возможность совершения сделок со смешанным условием допускается без каких-либо ограничений в зарубежных правопорядках.

**2. Потестативные сделки в российской цивилистической доктрине.** На современном этапе развития российской цивилистики не сформирована доктрина условных сделок, более того, большинство спорных вопросов в отношении условных сделок не рассматривались со времен Российской империи.<sup>10</sup>

В дореволюционный период многие российские цивилисты высказывали разные позиции в отношении допустимости потестативных условий. Г. Ф. Шершеневич не видел никаких проблем в потестативных условиях, по крайней мере на стороне кредитора.<sup>11</sup> Ю. С. Гамбаров считал вполне приемлемым простое потестативное условие, зависящее от действия одной из сторон договора, но выступал резко против любых чисто потестативных условий, которые зависят исключительно от волеизъявления одной из

<sup>7</sup> Там же. С. 33.

<sup>8</sup> Подшивалов Т. П. Сравнительно-правовая характеристика преддоговорной ответственности // Международное публичное и частное право. 2011. № 6. С. 8.

<sup>9</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 33.

<sup>10</sup> Карнаков Я. В. Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 160–161.

<sup>11</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. Общая часть. § 15.

сторон договора.<sup>12</sup> К. П. Победоносцев допускал даже чисто потестативные условия, исключая такую возможность только в случаях, когда речь идет о чисто потестативном условии на стороне должника в одностороннем договоре, а также в случае, когда чисто потестативное условие обуславливает оба встречных обязательства в договоре двустороннем.<sup>13</sup>

Вопрос о потестативных условиях поднимается и некоторыми современными авторами. Например, М. И. Брагинский выступает против таких условий независимо от того, во власти кого из контрагентов находится их наступление, считая, что условием может быть только обстоятельство, не зависящее от воли сторон. Такой же позиции придерживается Б. М. Гонгало, выводящий из требования негарантированности наступления условия жесткий запрет на условия, зависящие от сторон.<sup>14</sup>

Встречается в литературе и противоположное мнение. В. С. Ем в условиях действующего российского законодательства признает допустимость условий, наступление которых зависит от воли сторон.<sup>15</sup> Допускает потестативные условия и Л. В. Кузнецова, уточняя, что, для того чтобы такое условие наступило, необходимо не просто возникновение воли соответствующего лица, но и ее внешнее выражение в виде волеизъявления или действия.<sup>16</sup>

Необходимо заметить, что в проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ», внесенном 3 апреля 2012 г. Президентом РФ в Государственную Думу Федерального Собрания РФ,<sup>17</sup> предлагалось дополнить нормы об условных сделках следующим положением: «Сделка не может быть совершена под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон сделки, если иное не установлено законом или не вытекает из существа сделки». Как видно, в отношении любых потестативных и смешанных условий предлагается закрепить презумпцию их недопустимости.

**3. Допустимость потестативных условий.** Анализ вопроса о допустимости потестативных и смешанных условий в современном российском гражданском праве необходимо начать с рассмотрения легальных дефиниций отлагательных и отменительных условий, закрепленных в ст. 157 ГК РФ, потому как именно последние нередко становятся камнем преткновения в спорах относительно допустимости тех или иных потестативных условий.

В ст. 157 ГК РФ прямо не утверждается, что условие не может зависеть от воли сторон. Однако указанная статья устанавливает, что условие должно касаться события, которое не должно наступить неизбежно. При буквальном прочтении видно, что нет никаких оснований для того, чтобы вывести жесткий запрет на условия, зависящие от действий одной из сторон, из требования о неизвестности факта наступления условия в будущем. Когда заключается условная сделка с потестативным условием, никто не может точно знать, что соответствующее действие будет произведено, даже если одна из сторон в момент заключения договора абсолютно

<sup>12</sup> Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. Учебник. СПб., 1911. Гл. V. § 13.

<sup>13</sup> Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. III. М., 2004. Гл. 1. § 4.

<sup>14</sup> Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 51.

<sup>15</sup> Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. I. М., 2004. С. 338 (автор соответствующего текста — В. С. Ем).

<sup>16</sup> Кузнецова Л. В. Сделки, совершенные под условием // Сделки: проблемы теории и практики. Сб. ст. / рук. авт. колл. и отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2008. С. 207.

<sup>17</sup> Не публиковался, доступен в СПС «КонсультантПлюс».

уверена в том, что она это условие обеспечит. Между тем некоторые суды готовы признавать условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон. Например, многие суды признают невозможным установить в договоре отлагательное условие в виде указания на действие одной из сторон договора (сдача здания в эксплуатацию, выселение и т. п.).<sup>18</sup> Обширна судебная практика по делам, где со ссылкой на незаконность оспариваются условия, зависящие от одной из сторон лишь частично (получение кредита покупателем, оформление договора залога, регистрация эмиссии акций, регистрация права собственности и др.).<sup>19</sup> Правда, встречаются и обратные решения, когда суды признают возможным установить в качестве условия действия одной из сторон договора.<sup>20</sup>

В этом случае суды считают, что такой вывод более формально-логически увязывается с отраженным в ст. 157 ГК РФ требованием неизвестности факта наступления условия: если в ГК РФ написано о неизвестности, значит, вероятно, имеется в виду случайность. А случайность, очевидно, не может зависеть от сторон договора. На самом же деле из указания в законе на вероятностный характер будущего условия неизбежно вывод о недопустимости потестативных и смешанных условий не следует. В классической отечественной и зарубежной доктрине никогда не ставилось под сомнение, что условие может быть как случайным, так и потестативным либо смешанным. Кроме того, даже при таком ограничительном толковании ст. 157 ГК РФ нет причин признавать условие ничтожным лишь на том основании, что оно не соответствует признакам отлагательного или отменительного условия. Хотя бы условие не являлось отлагательным или отменительным, оно не запрещено законом, а значит, допустимо в силу принципа свободы определения договорных условий (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Примечательно, что такой подход (условие, зависящее от воли стороны, не охватывается дефиницией отменительных или отлагательных условий, но не является запрещенным) иллюстрирует и практика Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ.<sup>21</sup> Правда, в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»<sup>22</sup> Суд все же привел в качестве примера отлагательных и отменительных условий именно смешанные и потестативные условия, при этом признав их допустимыми.

На самом деле для решения поставленного вопроса недостаточно анализа ст. 157 ГК РФ. Необходимо проверить, наличествуют ли доктринальные либо политико-правовые предпосылки для недопущения потестативных условий.

<sup>18</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 36.

<sup>19</sup> См., напр.: *Постановления* ФАС Волго-Вятского округа от 5 июля 2005 г. по делу № А28-10224/2004-284/17; ФАС Московского округа от 8 октября 2009 г. № КГ-А40/2452-09; ФАС Северо-Кавказского округа от 7 октября 2003 г. № Ф08-3832/2003; ФАС Уральского округа от 30 января 2007 г. № Ф09-73/07-С4; от 20 августа 2007 г. № Ф09-6279/07-С6; Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 24 июля 2009 г. по делу № А14-15079/2008/269/2 (здесь и далее арбитражная практика приводится по СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>20</sup> См., напр.: *Постановление* ФАС Северо-Западного округа от 12 июля 2004 г. № А42-9694/03-7.

<sup>21</sup> См., напр.: *Постановление* Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 2.

<sup>22</sup> Экономика и жизнь (бухгалтерское приложение). 2012. 31 авг.

*3.1. Допустимость отменительных потестативных условий.* При наличии в договоре потестативного или смешанного отменительного условия на стороне кредитора последний имеет права, аналогичные тем, которые предоставляет механизм расторжения договора. Следовательно, если должником не исполнено обязательство, то наступление отменительного условия по инициативе кредитора (потестативное условие) или при его содействии (смешанное условие) прекращает само обязательство. Если кредитор до этого момента совершил встречное исполнение, то прекращение обязательства должника преобразует отношение в кондикционное обязательство, так как у должника отпадает основание для удержания полученного от кредитора. Если кредитор не произвел встречное обязательство, то это влечет за собой прекращение обязательства должника.

Как видно, если говорить о потестативном условии, то, по сути, речь идет о механизме расторжения договора. Именно поэтому в ГК Франции расторжение нарушенного договора прямо предусматривается как реализация подразумеваемого отменительного условия (ст. 1184).

Если сравнить право на односторонний отказ от договора и наступление потестативного отменительного условия, можно заметить, что на практике эти институты очень близки, причем в некоторых случаях до степени смешения. Зачастую одну и ту же идею можно закрепить в договоре двумя разными правовыми конструкциями. В частности, на практике стороны в некоторых случаях могут обозначить расторжение договора либо путем указания на потестативное отменительное условие на стороне кредитора, либо как право на односторонний отказ от договора, предусмотренное в ГК РФ (п. 3 ст. 450) и достигающее, по сути, того же или близкого результата. Кроме того, сам закон в ст. 1052 ГК РФ в качестве примера отменительного условия называет достижение цели договора простого товарищества, для которого, очевидно, требуется волевая деятельность сторон.

Сходство конструкций отменительного потестативного условия и отказа от договора и обуславливает вопрос: распространяются ли на первую ограничения, установленные законом в отношении права на отказ от договора, а именно запрет на включение права на односторонний отказ между лицами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность (ст. 310 ГК РФ)? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть положительным, поскольку при ином подходе посредством включения в договор отменительных потестативных условий будет возможно достичь той цели, которую законодатель пресекает через положение ст. 310 ГК РФ.

Иными словами, отменительные потестативные условия признаются недопустимыми только по отношению к тем обязательствам, которые не связаны с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы для одной из его сторон.

*3.2. Допустимость отлагательных потестативных условий.* Прежде заметим, что в классической литературе условие всегда определялось как чуждое само по себе законному составу сделки определение частной воли, которым юридические последствия сделки ставятся в зависимость от наступления или ненаступления какого-либо неизвестного и лежащего в будущем события.<sup>23</sup> Например, А дарит В имущество, если А захочет или если В захочет: здесь нет условия, ибо воля А и В существенна для сделки дарения. В противном случае не приходится говорить о том, что воля одной

<sup>23</sup> Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. Гл. V. § 13; Мейер Д. И. Русское гражданское право. Учебник. Пг., 1914. Гл. 4. § 26.

из сторон сформирована в достаточной степени определенно. Если одна сторона лишь оставляет другой стороне надежду на то, что в будущем, возможно, согласится контрагировать с последней, не связывая себя юридически, до момента изъявления такого согласия нет и сделки. Невозможно совершать сделку, наступление условия которой напрямую зависит от произвола должника, так как согласие одного лица под условием согласия другого лица на самом деле не есть согласие.<sup>24</sup> В современной литературе это объясняется тем, что наступление условия является правоизменяющим юридическим фактом, последствием которого становится снятие неопределенности в вопросе о необходимости исполнения обязательства.<sup>25</sup>

Но, например, А дарит В имущество, если В навестит больного. Посещение больного — обстоятельство, лежащее вне сделки; воля на исполнение его не имеет ничего общего с волею на самое совершение сделки, и потому условие такое есть настоящее условие.

Безусловно, нельзя исключать, что условие, по которому возникновение прав и обязанностей из сделки зависит от волеизъявления одной из сторон договора, может быть элементом так называемого опционного договора. Однако совершение указанного волеизъявления будет означать лишь акцепт безотзывной оферты, без которого сделки вообще не существует, а не наступление условия, приводящего в действие уже совершенную сделку. Возможность заключения опционного договора, следовательно, не опровергает ранее сделанного вывода о том, что условием в сделке не может быть волеизъявление на само ее совершение. Следует оговориться, что в российской юриспруденции природа опциона до конца не исследована. В то же время большинство правовых систем мира признает до совершения волеизъявления на реализацию права из опционного контракта лишь наличие безотзывной оферты с длительным связывающим эффектом, которую одна из сторон (или любая сторона) вправе акцептовать в пределах установленного в опционном контракте срока.<sup>26</sup>

Вопреки мнению, высказываемому некоторыми современными юристами со ссылкой на принцип свободы договора,<sup>27</sup> следует признать, что *essentialia negotii* не может составлять условия. Необходимые части сделки (*essentialia negotii*) — те ее части, которые создают саму сделку, являются ее существенными условиями. Факт может быть условием только в том случае, когда воля на его совершение не составляет существенной принадлежности сделки.

Однако неопределенность относительно *essentialia negotii* следует отличать от той ситуации, когда стороны заведомо выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно (предоставление) не предполагается.

С одной стороны, в синаллагматическом договоре предоставление немыслимо без встречного эквивалента. Поэтому отсутствие определенности относительно наличия встречной обязанности означало бы отсутствие *essentialia negotii*, а имущественное предоставление приводило бы изначально к отсутствию каузы (цели), образуя кондикционное

<sup>24</sup> Дернбург Г. Пандекты. Т. I. С. 297.

<sup>25</sup> Васнев В. В. Природа условного обязательства. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2013. С. 7.

<sup>26</sup> Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158. Rn. 10.

<sup>27</sup> Громов С. А. Спорные аспекты учения об условных сделках // Сделки: проблемы теории и практики. Сб. ст. / рук. авт. колл. и отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2008. С. 209.



обязательство. Однако право не должно ограничивать стороны в возможности заранее согласовать некую альтернативу каузы предоставления при наличии тех или иных обстоятельств, в том числе волеизъявления одной из сторон. Например, одно лицо готово передать деньги в дар другому лицу, которое согласно их принять только как данные в долг. Но при этом обе стороны согласны договориться таким образом, что заемщик возвращает сумму займа, только если ко времени возврата пожелает этого или если к этому моменту у него окажется достаточно денег. В таком случае происходит соединение *causa credendi* (предоставление с целью приобретения требования) и *causa donandi* (предоставление с целью безвозмездного увеличения чужого имущества). Альтернативная кауза заменяет первоначальную каузу в результате одностороннего волеизъявления, но по заранее данному на это согласию другой стороны. Здесь в отличие от ранее описанной ситуации между сторонами нет такой неопределенности относительно *essentialia negotii*, которая делает сделку неоконченной.

Поэтому представляется, что сами по себе условия по типу «заплату, если захочу» или «заплату, если ты этого захочешь» и т. п. допустимы постольку, поскольку они отражают действительную волю сторон на наличие альтернативной каузы предоставления и такое условие прямо не противоречит закону, например, не нарушает нормы о запрете дарения между коммерческими организациями (подп. 1 п. 4 ст. 575 ГК РФ).

Если же договор с таким условием в нарушение подп. 1 п. 4 ст. 575 ГК РФ заключен, например, между коммерческими лицами, он является недействительным в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ. Соответственно, у стороны, первой осуществившей исполнение, появляется возможность вернуть исполненное в порядке реституции, а при невозможности возвращения имущества в натуре — требовать возмещения его стоимости (п. 2 ст. 167 ГК РФ). Вместе с тем это вопрос о пороке содержания сделки вследствие нарушения запрета дарения, а не собственно проблема института потестативных условий.

Приведенный подход представляется более оправданным, нежели подход, представленный в монографии А. Г. Карапетова. Если возникновение встречного обязательства поставлено в зависимость от волеизъявления должника, то для устранения возникновения неосновательного обогащения автор предлагает по истечении некоего разумного срока применять фикцию наступления условия.<sup>28</sup> Однако правило о том, что по истечении разумного срока включается фикция наступления условия, изначально идет вразрез с волей сторон, по каким-то причинам придавшим значение волеизъявлению одной из сторон. Фактически этот подход означает признание недействительной части договора, устанавливающей условие, ибо такому условию при включении фикции наступления условия не придается правового значения. Однако неизвестно, заключили бы стороны договор, не будь в нем соответствующего условия.

Предложенный же ранее подход основывается на большей свободе договора и воли сторон, в отношениях между которыми дарение не запрещено. Свободу усмотрения коммерсантов такой подход, напротив, ограничивает, что представляется оправданным, поскольку для обычного коммерсанта не свойственно предоставлять контрагентам право не производить оплату исполнения. В то же время, если должник уже изъявил волю на исполнение встречного обязательства, договор не может быть признан

<sup>28</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 84.

недействительным как нарушающий запрет дарения (ибо *causa donandi* заменена на *causa credendi*). Таким образом, описанный подход не будет приводить к отрицательным правовым последствиям для добросовестного контрагента.

Другие же возможные негативные последствия, связанные с допустимостью потестативного условия по типу «заплати, если захочу», могут и должны быть нивелированы локально: за счет применения последствий злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), реализации права требовать расторжения или изменения договора, заключенного по модели договора присоединения (п. 2 ст. 428 ГК РФ), недействительности условий, ограничивающих права потребителя по сравнению с тем, как они установлены законом (ст. 16 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»)<sup>29</sup> и т. п.

Таким образом, условием может выступать только такое волеизъявление, которое не является существенным для сделки и не представляет собой волеизъявление на само совершение сделки (А дарит В имущество, если А захочет). При этом допустимо, если стороны выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки заведомо зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно не предполагается. Поэтому вопреки взглядам некоторых современных авторов представляется, что нет достаточных политико-правовых оснований для тотального запрета потестативных отлагательных условий, когда встречное обязательство может быть исполнено при наступлении определенных обстоятельств, составляющих содержание условия. Однако в отношениях между коммерсантами такое условие должно быть ограничено постольку, поскольку предполагает возможность освобождения должника от лежащего на нем встречного обязательства по его же воле.

До этого рассматривался вопрос о допустимости таких отлагательных потестативных условий, содержанием которых является одностороннее волеизъявление, связанное с содержанием сделки. Далее следует перейти к анализу иных отлагательных условий, зависящих от воли одной из сторон, в частности волеизъявлений, не связанных с возникновением или исполнением условного обязательства (например, подача заявки на участие в конкурсе, выдача доверенности), действий одной из сторон, не являющихся волеизъявлением (например, обнаружение клада, достижение произведенным стороной товаром определенных технических показателей и т. п.), и смешанных условий (например, заключение обеспечительной сделки).

По сравнению с первой группой потестативных условий такие потестативные и смешанные условия, как показывает судебная практика, являются наиболее используемыми в обороте.

С политико-правовой точки зрения сводить условия только к событиям (пусть даже и относительным, т. е. не зависящим лишь от сторон сделки) представляется неоправданным обеднением института условных сделок. Это оставляло бы невостребованными те возможности, которыми обладает институт условных сделок. В обороте (особенно в коммерческом) постоянно возникает потребность обусловить возникновение тех или иных правовых последствий сделки именно совершением действий (или, напротив, бездействием) ее участниками. В современном бизнесе, где управление построено на прогнозировании и планировании, многое зависит от того, удастся или не удастся хозяйствующему субъекту добиться определенного

---

<sup>29</sup> СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

результата. Часто условие преследует особую цель. Побудить другую сторону к действию или упущению, выполнять стимулирующую функцию условие может только при допущении его потестативности. Именно потестативные условия — при явной недостаточности для исчерпывающего регулирования отношений сторон норм позитивного права — оказываются тем юридико-техническим средством, которое позволяет сторонам установить свои права и обязанности на случай наступления разнообразных будущих более или менее вероятных обстоятельств, с каждым из которых будет связан тот или иной заслуживающий уважения интерес.

Поэтому допустимость соответствующих условий должна выступать, во всяком случае, общим правилом. Исключения же из него должны иметь оправдания в виде четких политико-правовых обоснований ограничения договорной свободы. Для того чтобы попытаться их найти, необходимо оценить возможный негативный эффект от допустимости тех или иных потестативных и смешанных условий, который может выражаться, в частности, либо в нежелательной неопределенности по поводу наступления условия длительное время, либо в риске возникновения неосновательного обогащения на стороне, первой получившей исполнение по договору, — в случаях, когда встречное обязательство носит условный характер.

Для целей исследования необходимо в первую очередь выделить условия, которые хотя и отданы во власть одного из контрагентов, но при этом из толкования договора прямо или имплицитно вытекает обязанность контрагента добросовестно стремиться эти условия обеспечить либо, наоборот, добросовестно противостоять их наступлению. Например, договор предусматривает, что обязательство по передаче вещи в собственность возникнет при условии расторжения продавцом договора аренды в отношении этой вещи. Такие условия отделимы от остальных по той причине, что при их ненаступлении в течение определенного времени становится возможным применение фикции наступления условия (п. 3 ст. 157 ГК РФ). Так, если продавец не предпринимает действий для расторжения договора, затягивая с содействием наступлению отлагательного условия, покупатель должен иметь право заявить о фикции наступления условия и тем самым считать обязательство по договору возникшим.

Применение фикции наступления условия позволяет снять нежелательную неопределенность в вопросе о возникновении обязательства, а кроме того, нивелировать риск возникновения неосновательного обогащения — в случаях, когда встречное обязательство носит условный характер.

Исходя из сказанного, нет причин устанавливать запрет рассматриваемых условий как средство ограничения принципа свободы договора. Проблему можно решить путем толкования п. 3 ст. 157 ГК РФ: применение этой нормы возможно не ко всем видам таких условий.

Что касается условий, не подразумевающих обязанности добросовестно стремиться обеспечить наступление условия, то их содержание настолько разнообразно, что формулировать в отношении них общие правила довольно трудно. Право должно быть гибким, особенно в вопросах условных сделок.

Однако для дальнейшего анализа стоит выделить два вида случаев: во-первых, случаи, когда условием оговариваются все обязательства из договора; во-вторых, случаи, при которых под условие поставлена лишь часть обязательств из договора.

В первом случае лицо, обязавшееся произвести исполнение ранее контрагента, отложило возникновение этого обязательства до момента,

когда оно само совершит действие. Такая ситуация порождает неопределенность взаимоотношений сторон. Однако кредитор не оказывается лицом к лицу с произволом должника, так как сам еще не произвел исполнение. Соответственно, необеспечение должником наступления отлагательного условия лишает права на получение встречного исполнения и самого должника. Таким образом, у подобных условий только одно негативное последствие — неопределенность положения сторон. При этом данного обстоятельства явно не достаточно, чтобы признать договор недействительным, так как сделка не посягает на публичные интересы и права третьих лиц (ст. 168 ГК РФ).

Так, А. Г. Карапетов предлагает в этом случае предусмотреть право стороны, от воли контрагента которой зависит наступление условия, по истечении некоего диспозитивного срока расторгнуть договор односторонним волеизъявлением.<sup>30</sup> С таким решением *de lege ferenda* следует согласиться. Однако действующий закон о таком праве не упоминает. В то же время здесь *de lege lata* возможен иной подход, хотя и, как представляется, менее удобный в использовании.

Так, известно, что разрешение условия возможно как в форме наступления, так и в форме отпадения этого условия. Условие отпадает, когда оно более не может наступить вследствие физических или юридических препятствий к этому. Отпадение условия прекращает возможность возникновения условного обязательства.

Если по истечении разумного времени с момента совершения сделки условие не наступает, хотя у стороны и нет обязанности добросовестно обеспечить его наступление, возможно применение последствий его отпадения. Так, если условие наступило настолько поздно, что само обязательство с учетом существа его предмета непременно должно было утратить интерес для сторон, можно говорить о фактическом отпадении этого условия, хотя бы возможность наступления условия все это время не исключалась. Иными словами, при ненаступлении условия в течение разумного срока в случае возникновения спора суд может признать условие фактически отпавшим. В литературе по германскому праву можно найти и такое решение: во избежание неопределенности сторона, зависящая от обеспечения потестативного условия другой стороной, может предоставить последней некий разумный срок, по истечении которого наступление потестативного условия уже не будет иметь юридической силы.<sup>31</sup>

Что же касается второго из описанных случаев, то положение вещей несколько усложняется: кредитор свое встречное обязательство уже исполнил, а встречное обязательство должника может быть исполнено только при наступлении обстоятельства, которое зависит полностью или частично от его собственных действий. Кредитор, уже исполнивший свое обязательство, может оказаться в полной власти должника, который становится заинтересованным тянуть с обеспечением наступления условия сколь угодно долго. В этой ситуации кредитор становится заложником произвольного усмотрения должника, что, конечно, нельзя признать желательным с политико-правовой точки зрения эффектом. Этот негативный аспект в дополнение к фактору неопределенности и нежелательности неосновательного обогащения может подтолкнуть к тому, чтобы признать

<sup>30</sup> Там же. С. 83.

<sup>31</sup> Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158. Rn. 10.

такой договор недействительным. Однако все же куда рациональнее дать должнику шанс обеспечить наступление условия. Праву стоит вмешаться, только если должник будет тянуть слишком долго. В данном случае следовало бы воспользоваться возможностью применения аналогии права и допустить применение фикции наступления условия (п. 3 ст. 157 ГК РФ).<sup>32</sup>

Применение фикции наступления условия не всегда возможно и не всегда уместно по причине невыгодности для кредитора. Однако и в этом случае можно воспользоваться уже известным приемом: при ненаступлении условия в течение разумного срока в случае возникновения спора суд может признать условие отпавшим. Если под условие поставлено обязательство, образующее встречное предоставление, при отпадении такого условия исчезает кауза предоставления, образуя кондикционное обязательство. Поэтому кредитор в любом случае защищен тем, что получает право требовать возврата переданного имущества или возмещения его стоимости в деньгах.

Кроме того, не во всех случаях вообще возникает необходимость в наступлении условия. Например, условие о выдаче заемщиком поручительства в обеспечение исполнения обязательства его дочерней организацией как основание для увеличения кредитной ставки может не наступить, но для сторон данное обстоятельство не должно рассматриваться как нежелательное.

Возможные негативные аспекты, связанные с допустимостью рассматриваемых потестативных и смешанных условий, можно нивелировать за счет применения специальных приемов (фикции наступления условия, признания длящегося условия прекратившимся и т. п.), не прибегая к полному запрету таких условий. С политико-правовой точки зрения соответствующие способы наиболее эффективно решают задачу защиты права стороны, ожидающей наступления условия, нежели запрет условий, зависящих полностью или частично от стороны сделки, следствием которого является признание условной сделки или ее части недействительной.

Побочные же негативные последствия, связанные с допустимостью потестативных и смешанных условий, могут быть устранены локально: за счет применения последствий злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), реализации права требовать расторжения или изменения договора, заключенного по модели договора присоединения (п. 2 ст. 428 ГК РФ), и т. п.

**4. Итог рассмотрения вопроса о допустимости потестативных условий сделок.** Итак, мы рассмотрели различные варианты потестативных и смешанных условий и, выявив релевантные политико-правовые факторы в пользу их допустимости, пришли к следующим выводам.

Неоправданно вводить полный запрет на все условия, зависящие полностью либо частично от одной из сторон сделки, как предлагается в проекте изменений в ГК РФ.<sup>33</sup> Для признания судами условных сделок по причине наличия в них подобных условий недействительными *de lege lata* также не имеется оснований. В качестве общего правила выступает допустимость соответствующих условий.

Отлагательным условием не может выступать волеизъявление, которое является существенным для сделки или представляет собой волеизъявление на само совершение сделки (А дарит В имущество, если А захочет). В этом случае до выражения соответствующего волеизъявления

<sup>32</sup> Карапетов А. Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки... С. 84.

<sup>33</sup> См. Проект Федерального закона № 47538-6.

договор не считается заключенным. Однако допустима ситуация, когда стороны выражают согласие на то, чтобы исполнение сделки зависело от выражения воли одной из сторон, в отсутствие которого оно не предполагается. При этом такое условие не должно приводить к пороку содержания сделки, например, вследствие нарушения запрета дарения между коммерческими организациями.

**5. Требования к потестативным условиям для целей сохранения действительности сделки.** Отлагательным условием не может выступать волеизъявление, которое является существенным для сделки, а отменительное условие недопустимо в обязательствах, которые не связаны с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы для одной из его сторон. Необходимо выявить общие для всех потестативных условий требования, нарушение которых способно влиять на действительность сделки.

Одним из ограничений на допустимость условия, отмечаемых некоторыми современными авторами, является законность условия. Л. В. Кузнецова считает недопустимым установление в качестве условия совершения деяния, признаваемого по действующему законодательству правонарушением, а также совершения аморального поступка. «В тех случаях, когда участники сделки обуславливают возникновение или прекращение гражданских прав и обязанностей условием, которое противоречит закону, иным правовым актам, основам правопорядка или нравственности, — пишет Л. В. Кузнецова, — такая сделка должна признаваться ничтожной на основании ст. 168 ГК РФ».<sup>34</sup>

Однако автор не учитывает, что условие не входит в содержание сделки, а стало быть, противоправный характер условия еще не означает противоправности сделки, как имеющей порок содержания. Кроме того, если незаконное условие невозможно, то означает ли это, что невозможно составить условную сделку, где в связи с правонарушением (в том числе нарушением договора), допущенным одной из сторон договора, дополнительные права будут возникать у другой стороны? Если да, то в чем причина такого запрета?

Представляется, что запрет совершения сделок под противоправным потестативным условием препятствует реализации стимулирующей и защитной функций условных сделок, а потому в таком виде должен быть отвергнут позитивным правом. Так, одним из наиболее распространенных правонарушений в сфере частного права является неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств. Именно ввиду возможности наступления указанных обстоятельств законодателем установлены институты способов обеспечения исполнения обязательств, мер оперативного воздействия и ответственности. Но в действующем ГК РФ перечень способов обеспечения исполнения обязательств не является исчерпывающим — стороны могут предусмотреть договором и иные способы. Однако если в поименованном обеспечительном обязательстве нарушение основного обязательства не является условием в собственном смысле слова, предполагается самой конструкцией сделки, будучи законным условием, то в непоименованном это именно полноценное отлагательное условие. Исключение возможности совершения сделок под противоправным условием делает право сторон предусмотреть непоименованный способ обеспечения бессодержательным.

Достаточно удачное разграничение возможности либо невозможности включения неправомерного или аморального действия в качестве

<sup>34</sup> Кузнецова Л. В. Сделки, совершенные под условием. С. 217.

условия показал в своей работе В. Голевинский. В частности, он писал: «Юридически невозможными признаются действия человека, противные доброй нравственности или запрещенные законом. Однако действие, поставленное в условие договора, не может быть обсуждаемо само по себе, а должно быть рассматриваемо по отношению к цели, для которой поставлено это условие. Если, например, действие запрещенное поставлено в условие договора с той целью, чтобы отвлечь одну из договаривающихся сторон от совершения такого действия, то это будет действие юридически возможное, дозволенное. Напротив того, если этим действием обуславливается обязательство таким образом, чтобы одну из сторон довести до совершения чего-либо недозволенного, то такое условие юридически невозможно». «Таким образом, — заключает В. Голевинский, — характер действия юридически невозможного зависит не от самого существа действия, а собственно от намерения, с которым такое действие поставлено в условие обязательства, от нравственной или иной преступной цели, к которой направлено это условие».<sup>35</sup>

Фактически ту же идею высказывал И. Б. Новицкий: «Недопустимо, когда условная оговорка сама по себе ничего противозаконного или безнравственного не содержит, но толкает на совершение чего-либо беззаконного или безнравственного».<sup>36</sup>

Некоторые современные российские цивилисты подтверждают эту идею. В частности, С. А. Громов отмечает допустимость согласования условия, состоящего в нарушении договора одной из сторон, если наступление этого условия порождает определенные преимущества и открывает дополнительные возможности для пострадавшего от правонарушения контрагента.<sup>37</sup> Обозначенный подход основан на зарубежном законодательстве (Швейцария и Латвия), признающем противоправным только такое условие, которое прямо или косвенно способствует противозаконному или безнравственному действию. Так, согласно ст. 157 Обязательственного кодекса Швейцарии не будет иметь юридической силы требование, вытекающее из наступившего условия, которое было согласовано с целью способствовать незаконному или аморальному действию или бездействию. Я. В. Карнаков также придерживается точки зрения, согласно которой возможно согласование условия, хотя и указывающего на неправомерное или аморальное действие, но по своей цели стимулирующего воздержание от такого поведения и налагающего на лицо, совершившее соответствующее неправомерное или аморальное действие, определенные отрицательные последствия.<sup>38</sup>

Следующим требованием к условию является потенциальная возможность его наступления, т. е. относимость к реальной действительности.

Невозможность наступления условия может быть как физической, так и юридической. Как отмечал И. Б. Новицкий, «физическая невозможность условия состоит в том, что в качестве условия названо такое событие, которое не может наступить, так как этому препятствуют законы природы... Юридически невозможным является условие, содержание которого

<sup>35</sup> Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 181.

<sup>36</sup> Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М., 2006. С. 227.

<sup>37</sup> Громов С. А. Спорные аспекты учения об условных сделках. С. 269.

<sup>38</sup> Карнаков Я. В. Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 157.

неосуществимо в силу закона (например, несовместимое с национализацией земли, с монополией внешней торговли и т. д.)».<sup>39</sup>

Договор, поставленный в зависимость от изначально невозможного условия, считается незаключенным (не способно к возникновению обязательства под условием неосуществимого события или действия).

Не могут признаваться способными к тому, чтобы стать условиями в соответствующем виде сделок, такие обстоятельства, которые не связаны с фактическими жизненными реалиями и в силу этого невозможны. Например, недопустимо, «когда некто продает автомобиль под условием, что автомобиль будет передан во владение и пользование покупателя, если продавец придумает «вечный» двигатель к нему».<sup>40</sup> Однако если условие выражено отрицательно по отношению к условию невозможному (если продавец не придумает «вечный» двигатель), то сделка, напротив, будет считаться действительной, но само условие силы иметь не будет; иными словами, такая сделка признается безусловной.

Таким образом, условие в сделке должно одновременно отвечать и признаку неопределенности, и критерию реальности: с одной стороны, в отношении соответствующего обстоятельства не должно быть заранее известно, наступит оно или нет, а с другой — его наступление должно быть вполне возможным и допустимым с точки зрения объективной реальности.

При этом для оценки действительности сделки имеет значение осуществимость условия на момент ее совершения. Последующая невозможность условия прекращает само условие и возможность возникновения обязательства, не затрагивая вопроса действительности сделки.

Другие же отмечаемые в литературе характеристики условий, такие как неизвестность относительно наступления, относимость к будущему времени, являясь конститутивными признаками условий, отличающими их от иных правовых явлений, например, от сроков, не могут, следовательно, выступать в качестве требований к этим условиям. Отсутствие этих признаков означает отсутствие условия как такового, а не его порочность, ни в коей мере не затрагивая действительности сделки.

Таким образом, для целей действительности сделки потестативные условия должны быть юридически возможными, а их содержанием не может быть противоправное или безнравственное действие, если обязательство обуславливается таким образом, чтобы одну из сторон мотивировать к их совершению.

<sup>39</sup> Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву. Т. I. С. 227.

<sup>40</sup> Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. I. С. 136.