

Курбатов А. Я.,
доктор юридических наук,
профессор кафедры предпринимательского права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Тема: «Существенные условия и незаключенность договоров: проблемы теории и практики»

Аннотация:

В статье доказывается, что незаключенность договора является следствием недостижения его сторонами соглашения хотя бы по одному из существенных условий, если это условие нельзя определить через правила толкования договора или закон прямо не содержит правила восполнения его отсутствия в договоре. Также рассматриваются правила определения предметов договоров различных видов как основного их существенного условия и доказывается, что признание договора незаключенным не должно являться самостоятельным способом защиты.

Существенные условия и незаключенность договоров: проблемы теории и практики

Понятие и виды существенных условий договоров

В соответствии с абз.2 п.1 ст.432 Гражданского кодекса РФ (далее - ГК РФ)¹ существенными являются:

- 1) условия о предмете договора;

¹ - согласно проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», внесенного Президентом РФ в Государственную Думу (далее – Проект изменений в ГК РФ), положения действующей редакции ГК РФ, на которые делаются ссылки в настоящей статье, не предполагается принципиально изменять, за исключением нескольких случаев, на которые будет обращено внимание далее.

2) условия, которые названы в законе или иных правовых актах, т. е. в актах, указанных в ст.3 ГК РФ, как существенные или необходимые для договоров данного вида;

3) все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. При этом следует учитывать, что поскольку согласно п.1 ст.435 и п.2 ст.437 ГК РФ оферта должна содержать существенные условия договора, то эти условия определяются из содержания оферты.

Основной проблемный вопрос, возникающий в данном случае, - это чем предопределено выделение необходимых условий договоров.

В юридической литературе отмечается, что под такими условиями имеются в виду условия, необходимые для договоров данного вида. Причем подчеркивается, что независимо от их признания таковыми по закону.²

Однако представляется, что такой подход является неверным.

Появление понятия «необходимые условия договора» обусловлено различными способами законодательного отнесения условий конкретных видов договоров к числу существенных в силу требований нормативных правовых актов.

Это может быть прямое указание, что к существенным условиям данного вида договора относятся такие-то условия. Так, в силу п.1 ст.489 ГК РФ договор о продаже товара в кредит с условием о рассрочке платежа считается заключенным, если в нем наряду с другими существенными условиями договора купли-продажи указаны цена товара, порядок, сроки и размеры платежей.

В то же время возможно установление императивного требования, что в договоре должны содержаться определенные условия. Например, на основании п.1 ст.339 ГК РФ в договоре о залоге должны быть указаны

² - Гражданское право: В 4 т. Том 3: Обязательственное право. Учебник. Отв. ред. – Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: 2008. – С.188. В Проекте изменений в ГК РФ этот подход предлагается закрепить законодательно.

предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. В нем должно также содержаться указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество.³ Такие условия и следует считать необходимыми, являющимися разновидностью существенных условий договоров.

При этом к существенным условиям не должны относиться следующие условия:

1) которые стороны могут включить или не включить в договор. Их отсутствие в договоре никак не влияет на то, порождает он правовые последствия или нет. Исходя из того, что существенные условия определяются законом и иными правовыми актами, а также требованием одной из сторон, к таким условиям методом исключения относятся все остальные условия;

2) через которые определяются признаки вида договоров. В качестве примеров можно привести условия о переходе права собственности на вещь либо о возмездности договора. При их отсутствии в договоре споры между сторонами разрешаются за счет применения принципов гражданского права, т. е. эти условия являются восполнимыми. В частности, если договор не позволяет определить, перешло ли имущество в собственность стороне, то считается, что титул (основание) права собственности отсутствует (п.2 ст.218 ГК РФ⁴). Если в договоре не указано, что он безвозмездный, он считается возмездным (п.3 ст.423 ГК РФ). Как следствие, возникает вопрос об определении вида и размера встречного предоставления. Не исключается и возможность определения этих признаков, используя правила толкования договоров, закрепленные в ст.431 ГК РФ.

³ - В Проекте изменений в ГК РФ это условие предполагается исключить.

⁴ - согласно Проекту изменений в ГК РФ в нем предполагается закрепить правило, что вещные права, в том числе право собственности, приобретаются по основаниям, предусмотренным ст.8 ГК РФ, с учетом особенностей отдельных вещных прав (предлагаемая редакция п.1 ст.224).

Разграничение работ и услуг также производится исходя из положений законодательства (предусмотренные в ГК РФ виды) либо из доктринальных подходов (по не предусмотренным в ГК РФ видам). Во втором случае исходят из того, что работы предполагают наличие связанного с вещью результата, которой можно объективно оценить, услуги – это процесс, не имеющий обязательного результата. Если же результат присутствует, то он не носит овеществленного характера и его невозможно объективно оценить. При выполнении работ потребности заказчика удовлетворяются за счет результата, а применительно к услугам – в процессе их оказания.

Иными словами, через понятие существенных условий определяется тот минимальный набор условий, которые стороны обязаны согласовать в договоре, чтобы можно было определить, о чем они договорились. Это, прежде всего, нужно для защиты их же прав. При этом, поскольку речь идет о минимально наборе условий, при наличии которых договор может существовать, ограничение свободы договора их установление не влечет.

Существенные условия и незаключенность договоров

В соответствии с абз.1 п.1 ст.432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. При этом согласно п.1 ст.433 ГК РФ моментом заключения признается момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта.

Таким образом, достижение соглашения по существенным условиям (наряду с соблюдением формы) является одним из условий того, что договор порождает правовые последствия. Соответственно недостижение такого соглашения влечет незаключенность договора (т. е. договорные отношения считаются несостоявшимися).

В ряде случаев это прямо указывается в законах. Например, в п.2 ст.465 ГК РФ установлено: если договор купли-продажи не позволяет определить

количество подлежащего передаче товара, договор не считается заключенным.

При этом невозможно признавать договоры незаключенными частично, поскольку это означает либо принудительное навязывание условий договора либо игнорирование порядка заключения договора. Например, если банк выдает кредит только на условиях возможности изменения процентной ставки, а заемщик выражает несогласие с этим условием, то договор не может считаться заключенным и соответственно невозможно привлечь банк к ответственности за невыдачу кредита. Если же банк в этой ситуации выдал кредит, то он выразил согласие с возражением заемщика конклюдентными действиями и договор должен считаться заключенным на условиях заемщика.

Однако следует учитывать, что договор может признаваться незаключенным только, если существенные условия нельзя определить через правила толкования договора, предусмотренные ст.431 ГК РФ.⁵

Кроме того, что есть ряд условий, которые стороны не обязаны согласовывать, поскольку закон прямо содержит правила восполнения их отсутствия в договоре. Следовательно, в таких случаях основания для признания договора незаключенным отпадают (действует приоритет специальной нормы перед общей).

Например, в силу п.1 ст.709 ГК РФ в договоре подряда указываются цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения. При отсутствии в договоре таких указаний цена определяется в соответствии с п.3 ст.424 ГК РФ, согласно которому в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при

⁵ - в частности, такой подход подтверждается в п.1 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.09.1999 N 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг».

сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

Еще примеры.

Если одно лицо передало другому индивидуально-определенную вещь, не оговорив при этом, передана ли она в собственность или во временное владение и пользование, а также на возмездной или безвозмездной основе, то данный договор должен быть признан арендой (предмет - индивидуально-определенная вещь). Раз переход права собственности не оговорен, то должно считаться, что его нет. Это, как отмечалось, следует из п.2 ст.218 ГК РФ. То, что договор возмездный определяется исходя из п.3 ст.423 ГК РФ, поскольку не оговорена безвозмездность. Поскольку цена является исполнимым условием, то ее отсутствие в договоре, само по себе, не является основанием для признания договора незаключенным. И только при наличии разногласий по условию о цене и недостижении сторонами соответствующего соглашения договор считается незаключенным.⁶

Если взять отношения дарения, то предметом договора дарения является имущество, а еще одним существенным условием - безвозмездность его передачи. На это указывается в п.1 ст.572 ГК РФ. Однако если отсутствие предмета влечет незаключенность, то отсутствие безвозмездности его передачи - возмездность договора с применением правил, указанных в предыдущем абзаце.

Предмет как основное существенное условие договоров

Предмет - это то существенное условие, которое присутствует у любого договора, в том числе прямо не предусмотренного законодательством, вне

⁶ - п. 54 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

зависимости от способа его заключения. Отсутствие его в договоре однозначно влечет его незаключенность.⁷

Также предмет договора является одним из основных признаков классификации договоров.

В частности, договоры на отчуждение имущества, могут быть связаны с отчуждением вещей; уступкой прав требования; отчуждением исключительных имущественных прав на объекты интеллектуальной собственности и средства индивидуализации.

Договоры, опосредующие передачу имущества на возвратной основе, можно разделить на договоры, по которым передаются индивидуально-определенные вещи; вещи, определенные родовыми признаками; имущественные права; исключительные имущественные права на объекты интеллектуальной собственности и средства индивидуализации.

Также выделяются договоры на выполнение работ, оказание услуг, и отдельно - договоры о совместной деятельности (простого товарищества), предметом которых являются действия по совместному использованию материальных и нематериальных благ (п.1 ст.1041 ГК РФ).

По сути, через предмет определяется вид договора. Это позволяет облегчить выбор для применения принципов и норм права. На практике большинство договоров носят смешанный характер, например, дистрибьюторские соглашения. Для разрешения возникающих по ним споров без выделения объединяемых элементов договоров и определения их предметов не обойтись. Те же дистрибьюторские соглашения могут объединять элементы и организационных договоров, и договоров на передачу имущества, и договоров на оказание услуг. Без квалификации отношений определить содержание неисполненной или ненадлежащее исполненной обязанности невозможно.

⁷ - см.: п.2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 N 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены».

В юридической литературе по поводу определения предметов договоров существуют различные подходы. При этом рассуждения по этому поводу все чаще приобретают чисто схоластический характер, поскольку рассматривают этот вопрос фрагментарно либо не преследуют решения каких-либо практических задач. Да и законодательство в этом вопросе достаточно бессистемно (например, то, что в обязательстве является объектом, в договоре является предметом). Кроме того, в ряде случаев термины используются некорректно, например, в ст.673 ГК РФ жилое помещение как предмет договора найма жилого помещения названо объектом, в п.2 ст.990 ГК РФ, наоборот, товары как объект договора комиссии названы предметом, хотя это договор на оказание услуг.

Выстроить систему понятий в данном случае можно, используя следующие подходы:

- рассмотреть понятие «предмет договора» через его соотношение со смежными понятиями;

- оттолкнуться от решения сугубо практической задачи: какой минимальный набор условий в отношении предмета в соответствии с законом должен быть предусмотрен в договоре, чтобы он считался заключенным.

Понятие «предмет договора» следует отличать от объекта (предмета) правового регулирования, которым признаются общественные отношения или вид деятельности и на которые воздействует право через предоставление прав и обязанностей их субъектам.

Еще одним понятием, от которого необходимо отличать предмет договора, является объект и предмет правоотношения.

В теории права правоотношение рассматривается как одно из средств воздействия на фактические отношения (деятельность). Оно представляет собой правовую конструкцию, включающую субъектов; их права и обязанности, составляющие содержание правоотношения; объект, т. е. некое

благо, в отношении которого существуют права и обязанности. Основания возникновения правоотношения рассматриваются отдельно.

Гражданские правоотношения называют обязательствами. Содержание гражданского обязательства всегда шире, чем содержание договора, из которого оно возникло, поскольку включает в себя права и обязанности, установленные законом и обычаями делового оборота. Иными словами, оно шире за счет прав и обязанностей, возникновение которых зависит не от соглашения сторон, а от самого факта заключения договора.

В гражданском праве возобладал подход на разделение объектов и предметов правоотношений (обязательств).

Объекты гражданских прав перечислены в ст.128 ГК РФ. К ним относятся: вещи; имущественные права, не связанные с обладанием вещами; работы; услуги; объекты интеллектуальной собственности; нематериальные блага.⁸ Перечисленные объекты представляют определенные группы, используемые для выделения видов обязательств. Например, исключение информации из перечня объектов гражданских прав (см. ФЗ от 18.12.2006 N 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации») означает, что информация не может являться самостоятельным объектом гражданского правоотношения (обязательства). Она может представлять собой такой объект интеллектуальной собственности как секреты производства (ноу-хау); входить в другие объекты данного вида, например, объекты патентных прав; составлять результат услуг, например, маркетинговых.

⁸ - В Проекте изменений в ГК РФ положения ст.128 будут конкретизированы с учетом отсутствия вещно-правовой природы у безличных денежных средств и бездокументарных ценных бумаг. Кроме того, объектами гражданских прав предлагается признавать не сами работы (т. е. действия), а их результат.

Предметом обязательства признаются обязанности должника в виде действия либо бездействия (п.1 ст.307 ГК РФ).⁹ Соответственно это говорит о том, что действия не входят в объект обязательства.

Предметом договора является то, по поводу чего возникают права и обязанности и на что они направлены. Предмет договора должен быть настолько индивидуализирован, чтобы выделить его из числа объектов гражданских прав этого же вида.

Из положений ГК РФ можно сделать вывод, что применительно к договорам на передачу имущества в качестве предмета рассматривается само это имущество, т. е. вещи или имущественные права (см., например, ст.554 про предмет договора продажи недвижимости, ст.666 про предмет договора финансовой аренды, п.6 ст.1235 про предмет лицензионных договоров).

То, что предметом договоров на передачу имущества должно признаваться само имущество, а не действия по его передаче, основано, во-первых, на буквальном толковании целого ряда положений ГК РФ, во-вторых, на необходимости разграничения этих договоров с договорами на выполнение работ и оказание услуг. Например, кредитный договор, который является договором на передачу имущества, сплошь и рядом признают договором на оказание услуг.

Исходя из изложенного, в предмет договоров на передачу имущества не входят:

1) условия передачи предметов (возвратность-безвозвратность, возмездность), которые определяются, как указывалось выше, исходя из принципов гражданского права. При этом следует учитывать, что указание на возмездность не должно относиться к существенным условиям, поскольку она предполагается при отсутствии прямого указания на безвозмездность договора. А вот указание на безвозмездность может признаваться

⁹ - Гражданское право: В 4 т. Том 3: Обязательственное право. Учебник. Отв. ред. – Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: 2008. – С.14.

существенным условием, поскольку без этого договор будет считаться возмездным;

2) встречное предоставление, составляющее отдельное существенное условие.

Таким образом, современное гражданское законодательство разделяет предмет таких договоров и их содержание.

По договорам на выполнение работ и оказание услуг предмет составляют определенные действия. Деятельность, которая упоминается в п.1 ст.779 ГК РФ применительно к договорам на возмездное оказание услуг, также представляет собой систему постоянных действий, объединенных единой целью.

Однако в предмет договоров входят не все действия, которые составляют предмет обязательства, а только направленные на определенные объекты (вещи, качества человека и др.). Например, строительные работы направлены на создание объекта строительства, услуги по договору банковского счета – на сам банковский счет, медицинские, парикмахерские, образовательные услуги соответственно на здоровье, внешний вид, знания человека. Эти объекты называют либо объектами договора, либо объектами правовой деятельности. Они являются важной характеристикой действий, составляющих предмет договора. Поэтому они не могут с ним разделяться. К сожалению, в юридической литературе понятием «объект договора» очень часто просто подменяют предмет договора.

Кроме того, договоры на выполнение работ нацелены на определенный результат, который также входит в предмет договора, поскольку именно за счет него удовлетворяются потребности заказчика. При создании новой вещи объект, если он надлежащего качества, и результат должны совпадать.

Таким образом, в предмет договоров на оказание услуг входят действия и объект, на который они направлены, в предмет договоров на выполнение работ – действия, объект, на который они направлены, и результат, характеризующий качество объекта.

Например, реализация подхода судебно-арбитражной практики, что банк имеет право на получение отдельного вознаграждения (комиссии) наряду с процентами за пользование кредитом только в том случае, если оно установлено за оказание самостоятельной услуги клиенту,¹⁰ должна сводиться к определению того, есть ли отдельное действие и объект, не входящие в предмет и содержание кредитного договора.

Предметом организационных договоров являются взаимные действия их сторон, направленные на упорядочение отношений между ними. Данные договоры распространены в корпоративных отношениях, на рынке ценных бумаг, в сфере оптовой торговли товарами, в банковской сфере. Их могут называть рамочными договорами, договорами о сотрудничестве, генеральными соглашениями.¹¹

Как и другие договоры, они могут являться частью смешанных договоров (например, значительная часть дистрибьюторских соглашений носит организационный характер).

От имущественных договоров их отличает то, что они не направлены на передачу имущества, выполнение работ, оказание услуг.

Разновидность организационных договоров являются предварительные договоры. Их предметом являются действия по заключению в будущем договоров о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основных договоров) на условиях, предусмотренных предварительным договором (п.1 ст.429 ГК РФ). Предварительные договоры создают возможность понуждения к заключению основных договоров. Если они

¹⁰ - п.4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 N 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре».

¹¹ - В Проекте изменений в ГК РФ понятия «предварительный договор» и «рамочный договор (договор с открытыми условиями)» предполагается разделить (см. предлагаемую редакцию ст. 429.1). В рамочном договоре общие условия обязательственных взаимоотношений сторон впоследствии могут быть конкретизированы или уточнены сторонами.

содержат условия об оплате, данные договоры не должны квалифицироваться как предварительные.¹²

Договоры с участием кредитных организаций

Под договорами с участием кредитных организаций, прежде всего, имеются в виду договоры банковского вклада, банковского счета, кредитные договоры, а также другие договоры, которыми опосредуется осуществление Банком России и кредитными организациями банковских операций и сделок.

Согласно ч.2 ст.30 Закона о банках и банковской деятельности в договоре (имеются в виду договоры между Банком России, кредитными организациями и их клиентами) должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам), стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора.

Однако отсутствие большинства из перечисленных условий (кроме стоимости банковских услуг и сроков их выполнения) в договорах, заключаемых кредитными организациями, не может влечь признание их незаключенными, поскольку они восполнимы за счет применения законодательства.

При отсутствии процентных ставок по кредитам и вкладам (депозитам) следует применять ставку рефинансирования Банка России на основании п.1 ст.809 ГК РФ (см. п.2 ст.819 и п.1 ст.838 ГК РФ).

¹² - см.: п. 8 постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11.07.2011 N 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем».

Условие о процентах за пользование банком денежными средствами, находящимися на счете, определяется по принципам определения возмездных договоров.

Банк обязан уплачивать клиенту проценты за пользование денежными средствами, находящимися на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета (п.1 ст.852 ГК РФ)¹³. Если размер процентов договором не установлен, то применяется размер процентов, обычно уплачиваемых банком по вкладам до востребования (п.2 ст.852 ГК РФ).

Сроки исполнения расчетных документов установлены в ст.849 ГК РФ.

При отсутствии в договоре ответственности за его нарушение необходимо руководствоваться соответствующими положениями ГК РФ, а если клиентом является физическое лицо – то положениями Закона о защите прав потребителей.

Порядок расторжения договора определяется ст. ст. 450-452 ГК РФ, а также специальными положениями (например, по договорам банковского счета – см. ст.859 ГК РФ).

В соответствии с ФЗ «О национальной платежной системе» функционирование платежных систем основано на целом комплексе договоров. Среди них можно выделить договоры банковского счета или договоры корреспондентского счет (об установлении корреспондентских отношений) как их разновидности. В частности, это договоры между операторами по переводу денежных средств и клиентами, деятельность которых является банковской (п.1 ст.4, п.1 ст.6), между операторами по переводу денежных средств (п.1 ст.4), договоры расчетного центра с участниками платежной системы (п.3 ст.19), договоры между прямыми и косвенными участниками платежной системы (п.9 ст.21).

¹³ - В Проекте изменений в ГК РФ предлагается установить обязанность банков начислять проценты не только на средства, находящиеся на счете клиента, но и на несвоевременно зачисленные на счет или перечисленные со счета.

Переводы электронных денежных средств оформляются договорами об использовании электронного средства платежа (п.1 ст.9). Эти договоры являются отдельным видом договора, поскольку такие переводы в обязательном порядке осуществляются без открытия банковского счета плательщику (п/п 3 и 18 ст.3).

Вышеуказанные требования по существенным условиям должны распространяться и на эти договоры. Исключение составляет условие о размере вознаграждения оператора по переводу денежных средств, для которого предусмотрен диспозитивный характер (п/п 1 п.12 ст.5).

Кроме того, ФЗ «О национальной платежной системе» предусмотрено заключение организационных договоров, например, к ним относятся правила платежной системы, за исключением правил платежной системы Банка России (п.3 ст.20), договоры между операторами платежных систем о взаимодействии платежных систем (п.37 ст.15).

Также предусмотрены договоры на оказание услуг, например, договоры с платежными агентами и субагентами, договоры на оказание операционных услуг, услуг платежного клиринга.

Признание договоров незаключенными и способы защиты

Возможность признания договора незаключенным очень часто, в том числе и судебная практика, рассматривают как самостоятельный способ защиты прав и законных интересов и соответственно предмет спора. И сразу возникает целый комплекс связанных с этим вопросов: кто может заявлять такие требования, в каком порядке, может ли суд применять эту меру по своей инициативе, с какого момента исчисляются сроки исковой давности и т. д.

По мнению автора, такой подход является принципиальной ошибкой.

Признание договора незаключенным не является самостоятельным способом защиты. Не случайно, такое требование отсутствует в перечне

способов защиты, предусмотренном в ст.12 ГК РФ, а также не упоминается в качестве такового в иных законах.

Во-первых, признание договора незаключенным – это возможность для суда выйти из правового тупика в тех случаях, когда он не может установить, о чем договорились стороны. Соответственно это делается судом по своей инициативе в рамках разрешения спора, возникшего из договора. Решение этого вопроса носит промежуточный характер и относится к категории правовой оценки доказательств и квалификации юридических фактов. Отсюда также следует, что никаких отдельных процессуальных особенностей у порядка применения этой меры быть не может.

Право оценивать договор всегда было и будет у судов, поскольку это связано с установлением юридических фактов. А вот давать право сторонам предъявлять такие требования о признании договора незаключенным означает перенос в суд преддоговорных споров после начала исполнения договора, а то и после его исполнения.

Во-вторых, признание договора незаключенным принципиально отличается от недействительности договора.

Требования о признании оспоримого договора недействительным и о применении последствий такой недействительности либо о возврате имущества, полученного по ничтожному договору, направлены на устранение нарушений: договора, противоречащего законодательству, либо незаконного владения имуществом. Признание судом договора незаключенным происходит в ситуации, когда стороны договора не согласовали имеющие существенное значение условия, которые суд самостоятельно определить не может. Это тоже можно рассматривать как нарушение. Но признание договора незаключенным направлено не на устранение нарушения (тогда надо обязывать стороны согласовать все существенные условия до конца), а только на квалификацию отношений как внедоговорных (констатацию факта отсутствия договорных отношений).

Кроме того, при рассмотрении вопроса о том, заключен договор или нет, производится оценка совпадения встречного волеизъявления сторон в совокупности по всем существенным условиям, а не по каждому условию в отдельности. Отсюда невозможность частичного признания договора незаключенным либо признание его таковым на будущее время.

В-третьих, для того, чтобы обращаться в суд за защитой необходимо, чтобы лицо обладало правом или интересом, которое, по его мнению, нарушено. Если сторона обращается с иском о признании договора незаключенным, она, по сути, просит установить отсутствие юридического факта. В то же время в процессе есть дела по установлению юридических фактов, но не их отсутствия. Кроме того, подобные дела, относятся не к исковому, а к особому производству. В данном случае речь идет о споре между двумя сторонами. Рассмотрение признания договоров незаключенными в качестве отдельного способа защиты - это искажение принципов деятельности судов. Суд должен разрешать споры и защищать, а не разбираться, договорились стороны или нет. Те же преддоговорные споры, за исключением прямо предусмотренных законом случаев, передаются на рассмотрение суда только по соглашению сторон, т. е. они сами сначала должны прийти к выводу о невозможности договориться и выразить волю на рассмотрение спора судом.

Обычно в обоснование того, что может быть отдельный иск о признании договора незаключенным, приводится п.1 ст.812 ГК РФ, согласно которому заемщик вправе оспаривать договор займа по его безденежности, доказывая, что деньги или другие вещи в действительности не получены им от займодавца или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре.

Однако, по мнению автора, эта статья не подтверждает возможность предъявления отдельного иска. Она смешивает понятия заключенности, недействительности (например, по основаниям заключения под влиянием обмана), а также признание реального договора займа не вступившим в силу

(при неполучении заемщиком предмета займа). В любом случае эту статью можно рассматривать только как исключение, но не как правило.

К ошибочному выводу о том, что признание договора незаключенным может рассматриваться как самостоятельный способ защиты, приводит проведение аналогии с правилами, действующими в отношении недействительных сделок, которые характерны и для незаключенности сделок, без учета того, что указано выше.

Можно выделить четыре таких исключения:

1) суд вправе признавать сделки недействительными по собственной инициативе (п.2 ст.166 ГК РФ). Это проявление контрольных функций суда, чтобы исключить необходимость принятия судом решений по сделкам, противоречащим законодательству, в ситуациях, когда спорящие стороны вопроса об их недействительности не поднимали¹⁴;

2) возможны иски о признании действительными сделок, заключенных полностью недееспособными лицами (п.2 ст.171, п.2 ст.172 ГК РФ). Однако это более чем странный подход. Зачем подтверждать действительность ничтожных сделок через суд, если у законных представителей есть право самим представлять интересы этих лиц, в том числе исполнять договор?;

3) закон исходит из того, что противоречащие закону сделки порождают правовые последствия. Оспоримые сделки вообще действительны, пока суд не признает их недействительными (а этого может и не случиться в силу непредъявления соответствующего требования или истечения срока исковой давности), а исполненные ничтожные сделки, по сути, - тоже, если требования о реституции не будут заявлены;

4) последствием неисполнения требования о государственной регистрации договора может быть и незаключенность, и ничтожность

¹⁴ - в Проекте изменений в ГК РФ эти полномочия судов предполагается изменить, сохранив за судом возможность по своей инициативе либо применять последствия ничтожности сделок либо не применять последствия недействительности сделок (см. предлагаемые редакции п.4 ст.166 и п.4 ст.167).

договора. В частности, согласно п.3 ст.433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. На основании п.1 ст.165 ГК РФ несоблюдение требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность.¹⁵ Такая сделка считается ничтожной. Получается, если стороны не зарегистрировали договор – он считается и незаключенным, и ничтожным. Регистрация в надлежащем порядке устраняет эти факты.

Данная проблема, по моему мнению, создана тем, что в п.3 ст.433 ГК РФ, также как и в п.1 ст.812 ГК РФ, вместо понятия «вступление в силу» употребляется понятие «заключенный», хотя в силу п.1 ст.432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

В заключение необходимо отметить, что совпадение отдельных признаков не влечет тождественности понятий (в данном случае недействительности и незаключенности сделок). Тождественность понятий влечет только полное совпадение признаков.

¹⁵ - в Проекте изменений в ГК РФ п.1 ст.165 ГК РФ предполагается исключить.