

А. А. ВЛАСОВ, Ю.Э. МОНАСТЫРСКИЙ

Развитие правовой доктрины об убытках в постсоветский период

АННОТАЦИЯ. Статья посвящена исследованию процессов трансформации правовых доктрин об убытках на фоне экономической обстановки, сложившейся после распада Советского Союза. Составители настоящей публикации осуществили краткий обзор черт преемственности гражданско-правовой теории убытков в период после распада СССР. Новизна статьи состоит в том, что в ней проанализирована оптимальность и недостатки правовых подходов советского периода. Авторы приходят к заключению, что хотя современная правовая доктрина изменилась, она еще испытывает на себе большое влияние советской эпохи правового регулирования и что не все из основных его положений оптимально подходят к современному уровню развития имущественного и коммерческого оборота, что требует разработки и применения более обновленных подходов.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: доктрина об убытках, постсоветский период, этапы реформы.

ВЛАСОВ АНАТОЛИЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ – доктор юридических наук, профессор Российской академии адвокатуры и нотариата, профессор МГИМО МИД России, действительный член Российской академии юридических наук (e-mail: prof.vlasov@mail.ru).

МОНАСТЫРСКИЙ ЮРИЙ ЭДУАРДОВИЧ – кандидат юридических наук, адвокат Коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (e-mail: monastyrsky@mzs.ru; nauka-raa@mail.ru).

В деле кодификации гражданского законодательства, как способе систематизации, который состоит в существенной переработке, изменении и обновлении правовых норм определенной отрасли или подотрасли права и принятии нового кодификационного акта, российские правоведы частично переняли, на наш взгляд, эстафету у советских цивилистов.

Это было обусловлено тем, что в новой российской экономической обстановке правовая система нуждалась в грандиозных преобразованиях. Так, законодатель отразил в ряде статей Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) основное значение терминов «обязательство», «ответственность», «убытки» и т.д. Напомним, что последние служат денежным эквивалентом

утраченного, которое иногда невозможно возместить в натуре¹. В гражданском праве это универсальное и субсидиарное правовое средство удовлетворения потерпевших, притом имеющее длящийся правовой эффект².

Помимо деления на реальный ущерб и упущенную выгоду (абзац первый п. 2 ст. 15 ГК РФ), современная доктрина классифицирует убытки на прямые и косвенные³.

В зависимости от цели взыскания и от того, что кредиторы принимают в расчет, современные исследователи, в частности А. Г. Карапетов, подразделяют их на компенсаторные (рассчитанные на случай прекращения обязательства), исполнительные (связанные с принятием ненадлежащего исполнения) и мораторные (начисленные

1 См. об этом: Николаева А. Цель возмещения убытков – восстановление экономического положения или восстановление имущества в натуре // *Хозяйство и право*. 2005. № 11. С. 87–92; Она же. Выбор меры возмещения убытков // *Право и экономика*. 2007. № 2. С. 49–53.

2 Мы не согласны с некоторыми авторами, отрицающими универсальный характер убытков как механизма правовой защиты для предпринимателей. В ряде случаев эти авторы отделяют их как меру ответственности от возврата предоставленного, как средства восстановления нарушенного положения сторон. Но, в свою очередь, в таком случае он может быть определен как неосновательное обогащение (см., например: Добрачев Д. Реституционные убытки и денежный долг при расторжении договора // *Хозяйство и право*. 2011. № 2. С. 80–91). Спорным моментом является также то, что сумма предварительной оплаты, которую должник обязан вернуть после расторжения нарушаемого договора, квалифицируется не как убытки, а как неосновательное обогащение (Сарбаш С. Возврат уплаченного как следствие неисполнения договорного обязательства // *Хозяйство и право*. 2002. № 6. С. 83; Савенкова О.В. Возмещение убытков в современном гражданском праве // *Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 35).*

3 См. подробнее: Корнеева Т.Н. Взыскание убытков // *Арбитражная практика*. 2009. № 9. С. 3.

за просрочку)⁴. При этом, при расчете компенсации предлагается брать за основу гипотетические последствия не нарушения субъективных прав. При этом декларируется принцип полного возмещения, нашедший отражение в ст. 15 и 393 ГК РФ. Он предполагал ранее доказывание размера вреда, определение величины убытков и игнорирование нижних пределов утрат, который может быть принят в виду очевидности без скрупулезного обоснования.

В постсоветский период появилось более ста работ, посвященных проблематике убытков. К данной тематике обращались такие видные российские правоведы, как М. И. Брагинский и В.В. Витрянский⁵. Во время проведения начального этапа реформы гражданского законодательства вышли монографии проф. О.В. Садикова⁶, С.Л. Дегтярева⁷, Д.В. Добрачева⁸, В.С. Евтеева⁹.

В 2006 г. увидел свет сборник статей, посвященный убыткам, в котором авторы подробно и старательно высказывали мысли на эту злободневную тему¹⁰.

В целом к проблематике убытков обращались многие российские ученые – юристы¹¹. В последнее время, особенно с 2015 г., в силу изменений в ГК в регулировании убытков и ответственности, внимание правоведов к теме лишь возросло. Это нашло отражение в недавних публикациях В.В. Байбака¹², Д.В. Добрачева¹³, А.Г. Карапетова¹⁴, В.А. Коротковой¹⁵, В.В. Серакова¹⁶, О.Д. Петроль, А.А. Ягельницкого¹⁷ и др.

В своих приводимых далее во многих нюансах рассуждениях российские правоведы безусловно опирались на революционную статью 15 ГК РФ.

В ГК РСФСР 1964 г. норма о возмещении убыт-

- 4 Карапетов А. Г. Соотношение требования о взыскании убытков с иными средствами защиты прав кредитора // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 207. Вышеупомянутое деление используется авторами для решения вопроса о соотношении убытков с неустойкой и реальным исполнением.
- 5 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. 3-е изд., М.: Статут, 2011; см. также: Витрянский В. Новеллы о договорах в сфере банковской и иной финансовой деятельности // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 3–13.
- 6 Садилов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.
- 7 Дегтярев С.Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ВолтерсКлувер, 2009.
- 8 Добрачев Д.В. Взыскание основного денежного долга и убытков в гражданском праве России: монография. М.: ВолтерсКлувер, 2010.
- 9 Евтеев В.С. Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности: Учебное пособие. М.: Зерцало-М, 2005.
- 10 Убытки и практика их возмещения: Сборник статей.
- 11 Среди них Т.Е. Абова, В.В. Байбак, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, А.А. Власов, Э.П. Гаврилов, А.В. Грибанов, С.Л. Дегтярев, А.В. Егоров, И.А. Зенин, А.Г. Карапетов, А.С. Комаров, П.В. Крашенинников, А.Г. Лисицын-Светланов, Д.В. Ломакин, М.Г. Розенберг, О.Н. Садилов, Е.А. Суханов, Ю.Б. Фогельсон, В.А. Хохлов, А.Е. Шерстобитов, В.Ф. Яковлев и др.; см., также, Власов А.А., Куксин И. Н. Адвокат в судопроизводстве. Краткий учебный курс. М., 2005. Серия: Краткие учебные курсы юридических наук.
- 12 См., например: Байбак В.В. Возмещение убытков при прекращении договора и вина кредитора // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 4. С. 119–131.
- 13 Добрачев Д.В. Развитие института возмещения убытков в свете модернизации российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2012; Он же. Денежный долг и убытки в контексте динамики изменения обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2018.
- 14 См.: Карапетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь // Закон. 2015. № 6 (http://m-logos.ru/img/Karapetov_Zavereniya%20ob%20obstoyatelstvah.pdf); Он же. Условие о возмещении потерь: комментарий к статье 406.1 ГК РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 12. 2015 (<http://m-logos.ru/img/Karapetov-Indemniti.pdf>); Он же. К вопросу о снижении платы за отказ от договора. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 28.06.2017 № 309-ЭС17-1058 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 8 (http://m-logos.ru/img/010-021_Karapetov_.pdf) и т.д.
- 15 Короткова В.А. Предвидимость договорных убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 1. С. 113–150.
- 16 См., например: Сераков В.В. Сравнительно-правовой анализ предвидимости убытков как способа ограничения размера причинения убытков // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 4. С. 159–184.
- 17 См.: Петроль О.Д., Ягельницкий А.А. Спор о взыскании убытков. Как меняется подход судов к причинно-следственной связи // Арбитражная практика для юристов. 2016. № 1. С. 26–34.

ков была включена в разд. III «Обязательственное право». Статья 15 ГК РФ, напротив, отнесена в раздел I «Общие положения». Она оставалась неизменной со времени ее появления при принятии части первой Кодекса в 1994 г.¹⁸

В ней впервые было дано емкое определение понятия убытков: «расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)». При этом данная статья не позволяла слишком сильно отойти от советских традиций (ст. 219 ГК РСФСР).

Под понятие «нарушение права» в этом случае подпадает, как полагают многие, в том числе и несоблюдение нормы. Слова «причиненных ему» означают каузальность между противоправным действием, ущербом и неполученной выгодой. Основным смыслом ст. 15 ГК РФ состоит в том, что нарушение субъективного права может повлечь в зависимости от инициативы кредиторов полное возмещение, снижаемое законом или договором. Во втором случае возможно предварительное и последующее снижение убытков, но не отказ от них, как от обя-

зательств. Это лишний раз говорит в пользу разного режима и разной правовой природы требований исполнения в двух указанных случаях¹⁹.

В 2015 г. в ГК впервые была заявлена цель института компенсации ущерба. Возмещение убытков определена как одна из мер гражданско-правовой ответственности (ст. 12 ГК РФ)²⁰. Некоторые авторы полагают, что в соответствии с восстановительным принципом исчисления они должны быть «непредотвратимыми, непосредственными (предвиденными) и достоверными (определенными)»²¹. Его действие ограничено таким условием ответственности, как необходимое причинение убытков неисполнением обязательств²².

Согласно абзацу второму п. 2 ст. 393 ГК РФ, «возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их выплаты кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом». Указанная статья была введена в гл. 25 ГК «Ответственность за нарушение обязательств», поэтому логично предположить, что вне обязательственных отношений, если, например, не исполнено судебное решение, запрещающее совершать действия по отношению к имуществу, или нарушены интеллектуальные права, полное возмещение может выражаться в исполнении в натуре²³.

18 Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

19 В теории данная проблематика описывается через конструкцию неопределенности размера возмещаемых убытков. Соответственно, до момента их актуализации посредством соглашения между сторонами либо судебного решения нельзя говорить о наличии сформированного обязательства (см.: Добрачев Д.В. Принцип формализации права требования о возмещении убытков // Вестник гражданского права. 2014. Т. 14. № 4. С. 156–167; Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк: Пер. с франц. и вступ. ст. Р.О. Халфиной. М.: Прогресс, 1972. С. 306; Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999. С. 190). Более того, например, многие правовые системы связывают возникновение обязательства по возмещению убытков с действиями потерпевшего по оповещению должника о просрочке (см.: Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. 2-е изд., пересмотр. и доп. СПб: Тип. М.М. Стасюлевича, 1901. С. 172; Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 399; Синявская М.С. Вопросы нарушения договора и его последствий в современном французском праве: настоящее положение дел, критика, проект реформы // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 3; Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003.

20 См. также: Дегтярев С.Л. Особенности рассмотрения дел о возмещении убытков // Юрист. 2000. № 11. С. 17.

21 Дегтярев С.Л. Особенности рассмотрения дел о возмещении убытков // Юрист. 2000. № 12. С. 15.

22 Евтеев В.С. Проблема доказывания причинной связи между неисполнением договора и убытками // Законодательство. 2005. № 12. С. 20.

23 См. подробнее: Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. По мнению В. Груздева, «обязанность компенсации морального, репутационного вреда, вреда от процессуальной волокиты и вреда от нарушения исключительного права наряду с корреспондирующим ей правом составляет содержание деликтного обязательства». Он предлагает в таких случаях использовать для подсчета убытков метод адекватных оценок (Груздев В. Проблемы возмещения убытков // Хозяйство и право. 2011. № 1. С. 100).

Статья 393 ГК РФ получила в результате «реформы обязательственного права» два новых абзаца в п. 1 и 2 и два новых пункта 5 и 6. Абзац второй п. 1 устанавливает субсидиарность возмещения убытков. Этот принцип выражается в том, что они сочетаемы с любыми средствами правовой защиты. В пункте п. 5 ст. 393 ГК РФ поистине революционного характера устанавливается обязанность судьи самостоятельно определять размер убытков «исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательств».

Вслед за ГК РСФСР современный Гражданский кодекс РФ установил принцип смешанной вины (ст. 404 ГК). М. С. Слюсаренко отмечает, что данная конструкция пронизана «процессуальным духом»²⁴; мы же видим в ней широкие возможности для усмотрения суда. Тем не менее с учетом вышеупомянутых изменений в Кодекс (п. 5 ст. 393) и соответствующей правоприменительной практики она может способствовать справедливому разрешению вопроса точного установления размеров ущерба и выгоды и улучшить работу соответствующего правового института.

Согласно п. 1 ст. 404 ГК РФ суд вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению. Правильность ее применения к подобным действиям истца, в противоположность ст. 333 ГК РФ, подтвердил в свое время Президиум ВАС РФ в Информационном письме от 14 июля 1997 г. № 17. Согласно мнению некоторых авторов, п. 3 ст. 401 Кодекса позволяет изменить порядок доказывания

причинной связи между поведением должника и возникновением убытков, сместив акцент с санкции, налагаемой на нарушившее лицо, на право потерпевшего на полное возмещение²⁵.

К советскому времени восходит также принцип недопущения двух ответственностей за одно правонарушение. В отношении убытков он повлек за собой то, что на присуждение компенсации, которая выражалась только в рублях, стремительно обесценивающихся вплоть до 1998 г. и утративших в августе того года 2/3 своей ценности, нельзя было начислить хоть сколько-нибудь процентов, по крайней мере до 2013 года. Кроме того, нужно отметить, что в части, не противоречащей ГК РФ, действовала «Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров», утвержденная письмом Госарбитража СССР от 28 декабря 1990 г. № С-12/НА-225 и одобренная Государственной комиссией Совета Министров СССР по экономической реформе 21 декабря 1990 г.²⁶

Современные авторы, пишущие на тему ущерба и упущенной выгоды, попадали в незавидную атмосферу дефицита практики по обозначенному вопросу²⁷, несмотря на то, что на последнее десятилетие XX века приходится становление современной российской судебной системы. В частности, развивалась новая ветвь экономического правосудия, а именно государственные арбитражные суды, разрешающие в год сотни тысяч споров практически без взимания за это существенных госпошлин.

Это было обусловлено острой практической необходимостью, связанной с ускоренным развитием рыночных отношений. Множество новых судебных учреждений и доступность правосудия были призваны способствовать росту культуры

24 Слюсаренко М. О понятии наличия вины кредитора и должника в обязательстве в гражданском праве // Юрист. 2001. № 6.

25 Либанова С.Э. Возмещение убытков: новый взгляд // Цивилист. 2009. № 1. С. 50; См., также, Власов А.А. Катаракта на «око государево» // Российская юстиция. 2001. С. 34.

26 См. подробнее: Сметанников А.Е. Проблема доказывания убытков при передаче товаров ненадлежащего качества // Российская юстиция. 2007. № 5.

27 См.: По делам о взыскании убытков суды подняли порог достоверности доказательств очень высоко: интервью с А.Г. Каралетовым // Арбитражная практика. 2012. № 4. С. 14–19; Савенкова О.В. Указ. соч. С. 38. Вероятно, причина подобного положения дел в излишне консервативном подходе судов к установлению и расчету упущенной выгоды (см.: Егоров В.В. Взыскание убытков в форме упущенной выгоды: практика Европейского суда по правам человека и арбитражных судов РФ // Арбитражная практика. 2009. № 8. С. 64).

улаживания споров. Такая система нуждалась в фильтрах против роста сутяжничества. Задачей судов было разбирать дела быстро, по первой инстанции в течение двух месяцев – срок, за который не всегда удается скрупулезно проверить достоверность документов, поддерживающих притязания истцов. В результате они необоснованно стремились понижать размер штрафов, нередко заоблачных, исходя из предположительно значительно меньшего размера начальных убытков. Что касается последних, то таковые редко взыскивали по причине недоказанности их точной величины²⁸.

Так сформировалась правовая основа, пока отторгающая распространение и совершенствование такого важного регулирующего инструмента, как возмещение убытков²⁹. Тем не менее, вероятно, со временем ситуация улучшится, в частности, благодаря реформе госарбитража в 2016 г.

Активно работающие третейские суды, особенно по процедуре международного коммерческого арбитража, тоже не действовали автономно в данном аспекте. Они не играли особой роли в популяризации и внедрении в сознание делового сообщества тезиса об оптимальности убытков как средства

правовой защиты. В отличие от государственных судебных инстанций, боровшихся с ростом сутяжничества, они не уделяли этому особого внимания.

В своих решениях третейские суды традиционно ссылались на постановления ВАС РФ, который, в свою очередь, как правило, понижал размер убытков и их субститута – неустойки³⁰. Подобная тенденция отражена, в том числе, и в постановлении от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»³¹. Впрочем, в последнее десятилетие положительная тенденция усматривалась в том, что все чаще ученые-юристы ратовали за отказ от важного постулата российской правовой системы, а именно от приоритета реального исполнения в коммерческом обороте. Впоследствии данную позицию поддержал ВАС РФ и соответствующие изменения были внесены в гл. 21 и 25 ГК РФ.

Многие исследователи³² нередко попадали под обаяние английского права с его стремлением поддерживать операции деловых субъектов, в том числе взыскивать просчитанный ущерб, или, иначе говоря, заранее оцененные (исчисленные) убытки

28 См., например, Определение ВАС РФ от 29 ноября 2007 г. № 14964/07. См. об этом подробнее: Егоров В.В. Указ. соч. С. 60–64. Также об этапах доказывания убытков см.: Дегтярев С.Л. Особенности рассмотрения дел о возмещении убытков // Юрист. 2000. № 12. С. 7–15.

29 См.: По делам о взыскании убытков суды подняли порог достоверности доказательств очень высоко: интервью с А.Г. Карапетовым. С. 14–19. Кроме того, Т.Н. Корнеева в 2009 г. писала: «Если неполученные доходы иногда удается доказать, то последний абзац ст. 15 ГК РФ, согласно которому упущенная выгода взыскивается в размере, не меньшем, чем доходы, полученные лицом, нарушившим обязательство, в настоящее время практически не работает» (Корнеева Т.Н. Указ. соч. С. 4). См. также: Сметанников А. Проблема доказывания упущенной выгоды // Хозяйство и право. 2006. № 10. С. 124–129.

30 Вплоть до 2015 г. правоприменительные органы радикально снижали штрафы по собственной инициативе, поскольку они значительно превышали предполагаемые убытки. В этих случаях судьи определяли их размер скорее «на глаз», нежели опираясь на доказательства истцов. В противном случае выхолащивалось бы значение самого института штрафных санкций и их применения в силу простого неисполнения договорных условий. В результате неустойка – денежная сумма, положенная за нетвердость (неустойчивость) ответчиков при удовлетворении ожиданий истцов, – оказалась величиной потерь, примерно оцениваемой судом без доказательств, или ущербом, устанавливаемым без участия сторон в тех случаях, когда снижение осуществляется ex officio (см.: Петроль О.Д., Ягельницкий А.А. Указ. соч.; см. также: Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005; Он же. Соотношение требования о взыскании убытков с иными средствами защиты прав кредитора).

31 Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // https://www.vsr.f.ru/Show_pdf.php?Id=11258. О данном решении в контексте снижения убытков и неустойки см. подробнее: Байбак В.В. Новая редакция ст. 393 ГК РФ: общие правила о возмещении убытков, причиненных нарушением обязательства // Закон. 2016. № 8; Витрянский В.В. Судебное толкование некоторых новелл об исполнении обязательств и ответственности за их нарушение // Хозяйство и право. 2017. № 3; Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 2.

32 См., например: Савенкова О.В. Указ. соч. С. 38; Карапетов А.Г. Соотношение мер реального исполнения и мер гражданско-правовой ответственности // Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей / под ред. О.Ю. Шилохова. М.: Норма, 2003. С. 316.

(liquidateddamage)³³ (при этом последнее слово употребляется во множественном числе). В то же время для обозначения последних в английском языке также используется слово losses³⁴. Разновидностью убытков является упущенная выгода (loss of profit).

Можно отметить целый ряд публикаций, в которых используется сравнительно-правовой метод как пример удачных юридических решений и правового анализа³⁵. Вместе с тем, при подробном ознакомлении с рассматриваемыми в них английскими и американскими прецедентами оказывается, что в качестве эталона эти случаи явно непригодны. Соответственно, при исследовании убытков лучше ориентироваться на континентальные, т.е. немецкий или французский, голландский, австрийский и т.п. подходы.

Для рассуждений о полном возмещении ущерба и упущенной выгоде в постсоветский период существовали значительные законодательные препятствия, а именно отсутствовал универсальный правовой инструмент освобождения от сделки без суда. Только применительно к поставке, когда вещи доставлялись в большинстве случаев по графику и динамика отношений была несовместима с обращением в суд, в механизме прекращения дого-

ворных отношений было предусмотрено исключение.

По регулированию 1990-х гг. вред мог взыскиваться попутно, в виду текущих отклонений от исполнения соглашения. При этом обязательства могли оставаться в силе и по прошествии его срока. Но пока договор не исполнен, бывает непонятно, достигается ли экономическая цель сделки в условиях отклонения от ее реализации. Иногда ее несоблюдение идет во благо обеим сторонам, и когда одна из них даже в текущий момент теряет что-либо до завершения исполнения, то это отнюдь не означает, что появились убытки³⁶.

Первым шагом к исправлению положения стало решение высшей судебной инстанции о том, что предприниматели могут в своем договоре, по закону не расторгаемом в одностороннем порядке, установить возможность досрочного его прекращения в соответствии с предыдущей редакцией п. 1 ст. 310³⁷.

Вторым судебным нововведением выступило неожиданное решение применить по аналогии норму закона о реагировании на существенное нарушение условий сделки расторжением без суда к любому предпринимательскому договору. Между

33 Некоторые российские исследователи рекомендовали включить это понятие в ст. 15 ГК РФ. Так, например, С.Э. Либанова пишет: «Необходимо официально признать право добросовестного кредитора на взыскание «заранее оцененных убытков», реально обеспечив действие одного из основополагающих принципов гражданского права – принципа свободы договора...» (Либанова С.Э. Указ. соч. С. 50).

34 Black's Law Dictionary // <http://thelawdictionary.org/letter//page/66/>

35 См., например: Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6; Он же. Уменьшение убытков при нарушении договора (mitigation) // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7. С. 65–80; Он же. Утрата благоприятной возможности (loss of a chance) как разновидность договорных убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 5. С. 64–65; Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве: Учебное пособие / Отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2017; Падиряков А.В. Взыскание убытков и согласованные средства правовой защиты по праву Англии и РФ // Закон. 2015. № 7.

36 Здесь интересно обратиться к теории эффективного нарушения договора (Efficient Breach of Contract), согласно которой, если «прибыль должника от нарушения договора превышает потери кредитора, такое нарушение увеличивает эффективность использования ресурсов и общее благосостояние общества» (Меньшенина Е.Б. Теория эффективного нарушения договора // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров, А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018; Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007. С. 105–107). Она наиболее совместима с традицией общего права. Российское законодательство, напротив, «теоретически препятствует применению теории эффективного нарушения договора на практике, поскольку позволяет понудить контрагентов к исполнению в натуре и взыскать всю прибыль, полученную от нарушения сделки» (Меньшенина Е.Б. Указ. соч.).

37 См.: Постановление Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (СПС «Консультант Плюс»). См. также: Карапетов А.Г. и др. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3 (http://m-logos.ru/img/087-183_Karapetov,Pavlov,Sarbash,Suleymanov.pdf).

тем предпосылкой такой экстраполяции, как правило, служит отсутствие соответствующего регулирования. Но пробела в праве не было, напротив, действовала ст. 310 ГК РФ, прямо применяемая в первую очередь. Несмотря на то, что аналогия закона допустима после установления отсутствия регулирования, ВАС РФ указал, что здесь она универсальна. Это яркий пример судебного даже не право-, а нормотворчества, когда создается *de iure* общеприменимое правовое правило³⁸.

Впрочем, со временем стараниями ВАС РФ, правоведов и аналитиков судебной деятельности произошел возврат к давно известному, но забытому постулату о судебном содействии установлению размера убытков в 2015 г., когда законодателем в ст. 393 ГК РФ был добавлен п. 5, о чем было сказано ранее. В связи с этим интересны вопросы уступки права требования на возмещение убытков и доказывания их размера новым кредитором (особенно в контексте обоснования упущенной выгоды). Среди ученых пока не сложилось единого взгляда на эту проблему³⁹.

Все же приходится констатировать факт, что несмотря на обилие публикаций, в последнюю четверть века теория убытков развивалась мало. Причина этого заключалась в отсутствии законодательных импульсов что-либо менять, судебной блокировке частной инициативы взыскивать существенную упущенную выгоду и отказе судов от содействия доказыванию.

Отсутствуют работы об убытках вне обязательств

за нарушение интеллектуальных и прав собственности, без нанесения вреда вещам и т.п.

Вместе с тем рассматриваемая тема является сквозной почти всегда, когда речь идет о гражданско-правовых институтах, деликтах, страховании ответственности, судебных расходах⁴⁰. Ведь убытки — это непредвиденная наперед денежная сумма, которая в силу вины или распределения рисков влечет именно возможность затрат, а не их просчитанную величину. Но с советских времен их присуждение рассматривалось исключительно как санкция, неналагаемая, например, при недоказанности причинной связи⁴¹. При этом правоведами отмечалось, что вина — одно из условий возмещения убытков, но ее содержание на их размер не влияет⁴². С такой позиции, чтобы возникли убытки, действия (бездействие) причинителя должны быть противоправными, т.е. явно не соответствующими какой-либо норме, в том числе правилу о том, что обязательства должны исполняться надлежащим образом⁴³. Таким образом, все, что отклоняется от буквы договорных условий, подпадает под понятие противоправного поведения. Получается, что, например, когда имело место оказание большего, чем предусмотрено в договоре, объема услуг, влекущее увеличение суммы платежей, действия по причинению соответствующих расходов противоправны.

Нам неоднократно приходилось сталкиваться с тем, что реализация длящихся договорных отношений протекает не так, как было намечено их сторонами. Наоборот, она корректируется несколько раз

38 См. об этом феномене отдельно: Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.

39 См. подробнее: Добрачев Д. К вопросу об уступке права требования на возмещение убытков // *Хозяйство и право*. 2008. № 6. С. 110.

40 Интересный частный случай представляют процессуальные моменты взыскания убытков, понесенных при транспортировке товара (см., например: Коробов К.Ю. Взыскание убытков, связанных с утратой грузов при перевозке автомобильным транспортом (обобщение практики ФАС за 2001–2004 годы) // *Арбитражные споры*. 2006. № 1. С. 15–24).

41 См. об этом подробнее: Асриян Б.А. Возмещение убытков как мера ответственности за нарушение договорных обязательств // *Юрист*. 2002. № 12. С. 18–23; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 652 (автор гл. VII – В.В. Витрянский); Евтеев В.С. Проблема доказывания причинной связи между неисполнением договора и убытками // *Законодательство*. 2005. № 12. С. 15–25.

42 См. также: Байбак В.В. Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора // *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 5. С. 69; Он же. Возмещение убытков при прекращении договора и вина кредитора // *Вестник гражданского права*. 2016. Т. 16. № 4. С. 119–131.

43 См.: Корнеева Т.Н. Указ. соч. С. 4; Ефимова Л.Г. Ответственность и распределение убытков в расчетных отношениях // *Государство и право*. 1995. № 10. С. 28.

в течение срока действия соглашения, и далеко не всегда это сопровождается своевременным подписанием поправок к тексту первоначального документа. И такой выход из шаблона нельзя считать конклюдентными действиями согласно ГК РФ, как в случае с акцептом, выражаемым в действиях в соответствии с подписанной офертой.

Другим фильтром, причем самым распространенным и главным в деле массового отклонения запрошенных убытков служило условие о скру-

пулезном доказывании причинной связи. Здесь правоприменители и ведущие правоведы полностью остались на позициях советской теории.

Таким образом, подводя итог проведенному анализу, необходимо признать, что современная правовая доктрина не должна исключать лучшие образцы советской эпохи правового регулирования, но в то же время развивать ее в соответствии с современными требованиями имущественного и коммерческого оборота.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. 2-е изд., СПб: Тип. М.М. Стасюлевича, 1901. 495 с.
2. Асриян Б. А. Возмещение убытков как мера ответственности за нарушение договорных обязательств // Юрист. 2002. № 12. С. 18-23.
3. Байбак В.В. Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора // Вестник ВАС РФ. 2009. № 5. С.54-69.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2011. 847 с.
5. Витрянский В. Новеллы о договорах в сфере банковской и иной финансовой деятельности // Хозяйство и право. 2017. № 12. С.3-29.
6. Власов А.А. Катаракта на «око государево»// Российская юстиция. 2001. № 8. С.35-36.
7. Власов А.А., Куксин И.Н. Адвокат в судопроизводстве. Краткий учебный курс. М., 2005. Сер. Краткие учебные курсы юридических наук. 293 с.
8. Груздев В. Проблемы возмещения убытков // Хозяйство и право. 2011. № 1. С.92-100.
9. Дегтярев С.Л. Особенности рассмотрения дел о возмещении убытков // Юрист. 2000. № 11. С. 17-23.
10. Добрачев Д.В. Денежный долг и убытки в контексте динамики изменения обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2018. 472 с.

BIBLIOGRAFIYA

1. Annenkov K. Sistema russkogo grazhdanskogo prava. T. 3: Prava obyazatelstvennyye. 2-e izd., SPb.: Tip. M.M. Stasyulevicha, 1901. 495 s.
2. Asriyan B.A. Vozmeshenie ubytkov kak mera otvetstvennosti za narushenie dogovornyh obyazatelstv // Yurist. 2002. № 12. S. 18-23.
3. Bajbak V.V. Predvidimost ubytkov kak kriterij ogranicheniya otvetstvennosti za narushenie dogovora // Vestnik VAS RF. 2009. № 5. S.54-69.
4. Braginskij M.I., Vitryanskij V.V. Dogovornoe pravo. Kniga pervaya: Obshie polozheniya. 3-e izd., ster. M.: Statut, 2011. 847 s.
5. Vitryanskij V. Novelly o dogovorah v sfere bankovskoj i inoj finansovoj deyatelnosti // Hozyajstvo i pravo. 2017. № 12. S.3-29.
6. Vlasov A.A. Katarakta na «oko gosudarevo»// Rossijskaya yusticiya. 2001. № 8. S.35-36.
7. Vlasov A.A., Kuksin I.N. Advokat v sudoproizvodstve. Kratkij uchebnyj kurs. M., 2005. Ser. Kratkie uchebnye kursy yuridicheskikh nauk. 293 s.
8. Gruzdev V. Problemy vozmesheniya ubytkov // Hozyajstvo i pravo. 2011. № 1. S.92-100.
9. Degtyarev S.L. Osobennosti rassmotreniya del o vozmeshenii ubytkov // Yurist. 2000. № 11. S. 17-23.
10. Dobrachyov D.V. Denezhnyj dolg i ubytki v kontekste dinamiki izmeneniya obyazatelstv. M.: Infotropik Media, 2018. 472 s.