

*На правах рукописи*

Полякова Валентина Эдуардовна

**ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР В ПРАВЕ РОССИИ И ГЕРМАНИИ**

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

**Автореферат диссертации**  
на соискание ученой степени кандидата юридических наук

МОСКВА 2015

Работа выполнена в Федеральном государственном научно-исследовательском учреждении «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Научный  
руководитель: **Грачев Дмитрий Олегович**  
кандидат юридических наук, юрист общества с  
ограниченной ответственностью «КАРДО МЕДИА»

Официальные  
оппоненты: **Ефимова Людмила Георгиевна**  
доктор юридических наук, профессор, заведующий  
кафедрой банковского права федерального  
государственного бюджетного образовательного  
учреждения высшего профессионального образования  
«Московский государственный юридический университет  
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

**Зименкова Ольга Николаевна**  
кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры  
международного частного права федерального  
государственного бюджетного образовательного  
учреждения высшего образования «Всероссийская  
академия внешней торговли Министерства  
экономического развития Российской Федерации»

Ведущая  
организация: Федеральное государственное автономное  
образовательное учреждение высшего образования  
«Московский государственный институт международных  
отношений (университет) Министерства иностранных дел  
Российской Федерации»

Защита состоится 23 ноября 2015 года в 11:00 часов на заседании диссертационного совета Д 503.001.01 при Федеральном государственном научно-исследовательском учреждении «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» по адресу: 117218, Москва, Большая Черемушкинская, 34.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на официальном сайте Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации – [www.izak.ru](http://www.izak.ru).

Автореферат разослан « \_\_\_\_ » « \_\_\_\_\_ » 2015 года.

Ученый секретарь  
диссертационного совета  
кандидат юридических наук

М.А. Цирина

## I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность темы исследования.** Правовая конструкция предварительного договора более столетия известна российскому праву. За этот продолжительный период отношение к целесообразности существования предварительного договора неоднократно менялось. В настоящее время о востребованности предварительного договора свидетельствует не только сам факт его законодательной регламентации, но и широкое применение предварительного договора на практике.

Потребность в использовании предварительного договора, как правило, обусловлена наличием правовых или фактических обстоятельств, в силу которых стороны не имеют возможности или до устранения которых не желают заключить основной договор. Вместе с тем уже на этом этапе у каждой стороны имеется понимание того, что достигнутые договоренности являются не просто намерениями, но обязательствами, которые могут быть принудительно исполнены.

Наличие возможности принудительного исполнения предварительного договора и одновременно обладание предварительным договором определенной гибкостью в сравнении с договором, которому не предшествует заключение предварительного (в частности, в предварительном договоре могут быть воспроизведены не все условия основного договора), делает его привлекательным для потенциальных контрагентов. Частое обращение к предварительному договору обуславливает возникновение новых вопросов его применения и заставляет глубже исследовать особенности этой правовой конструкции в целях их разрешения.

Вследствие практической необходимости в последние годы российскими учеными все чаще высказываются доводы в пользу обособления от предварительного договора родственных правовых конструкций. Реформирование общей части обязательственного права предполагает включение в ГК РФ норм, регулирующих использование соглашения о порядке ведения переговоров, опциона и рамочного договора, соответственно возникает

потребность в более четком отграничении этих конструкций. Необходимость отграничения требует выявления специфичных признаков предварительного договора. В немецкой правовой литературе вопрос отграничения предварительного договора от сходных правовых конструкций уже не одно десятилетие подвергается глубокому научному анализу.

В соответствии с российским правом на предварительный договор распространяются общие требования о заключении договора, об исполнении обязательства, ответственности. При этом, по нашему мнению, не всегда учитывается, что ситуация, в которой заключается только основной договор принципиально отличается от ситуации, в которой заключению основного договора предшествует предварительный. Во втором случае, предварительный и основной договоры дополняют друг друга. Выполнение требований в отношении одного из договоров (основного или предварительного) может влиять на действительность другого договора. В Германии это обстоятельство учитывается.

Кроме того, обращают на себя внимание ситуации, когда стороны наряду с основной обязанностью по заключению договора предусматривают дополнительные обязанности по совершению подготовительных действий или сделок. При этом в последующем испытывают трудности в их выполнении или выполнение таких обязанностей, равно заключение основного договора, становится для них невыгодным. По нашему мнению, в российской практике судебными органами не всегда уделяется должное внимание таким обязательствам сторон.

Действующее законодательство Германии не содержит норм о предварительном договоре. В их отсутствие на практике руководствуются правовыми принципами (в частности, принципом свободы договора, принципом определенности) и общими положениями Германского гражданского уложения (далее – ГГУ) о сделках. Несмотря на то, что в Германии решения судов по конкретным делам и доктрина не являются источниками права, стороны и правоприменители принимают во внимание и придают большое значение позиции судебных органов и доктринально сформулированным выводам. В свою очередь в

немецкой правовой науке и судебной практике высказано значительное число заслуживающих внимание позиций по указанным выше проблемам. По всей видимости, именно поэтому исследования немецких ученых по вопросам использования предварительного договора широко обсуждаются и цитируются в немецкоязычных странах (Швейцарии, Австрии). Сходство в правовом регулировании предварительного договора в российском и немецком праве позволяет провести сравнение, а также оценить возможность экстраполяции подходов, сформулированных в немецкой правовой доктрине и практике, на российскую почву. Вместе с тем, присутствует понимание того, что российское право имеет свой собственный путь развития и неоправданно широкое применение иностранных подходов едва ли может сослужить хорошую службу.

#### **Степень разработанности проблемы в научной литературе.**

Впервые конструкция предварительного договора была предложена римскими правоведом. Теоретические положения, разработанные римскими юристами и стали отправной точкой для развития теории предварительного договора в праве России и Германии.

В Германии теория предварительного договора получила наибольшее развитие в XIX веке. В этот период в научной литературе краеугольным являлся вопрос признания самостоятельности предварительного договора и значимости данной правовой конструкции. В дискуссию были вовлечены самые известные правоведы того времени: Ф. Савиньи, Г. Дегенкольб, Г. Гепперт, Ф. Регельсбергер, З. Шлосман и т.д.

В дореволюционной российской науке вопрос допустимости выделения предварительного договора в качестве самостоятельной правовой конструкции напротив не вызывал сомнения в связи с наличием прямого законодательного дозволения. В центре внимания российских юристов стояли отдельные вопросы использования предварительного договора: условия договора, принудительная сила предварительного договора, толкование договора (Л.А. Кассо, Е.Н. Данилова, В.Л. Исаченко и В.В. Исаченко и др.).

Между тем в советский период, при анализе трудов немецких юристов (главным образом, З. Шлоссмана), М.М. Агарков все же ставил под сомнение целесообразность существования предварительного договора. Другими российскими правоведами возможность заключения предварительного договора не отрицалась (И.Б. Новицкий, М.И. Брагинский).

Развитие представлений о предварительном договоре в XX веке в Германии связано с именами таких ученых, как В. Роде, Б. Вабниц, Д. Генрих, Г. Фон Айнем и др. Одной из наиболее полных и глубоких является работа Д. Генриха, в которой детально проанализированы вопросы отграничения предварительного договора от смежных правовых конструкций, условий действительности предварительного договора, уступки прав из предварительного договора, возмещения убытков, возникших из предварительного договора, и ряда иных.

В последние годы внимание немецких ученых обращено на отдельные вопросы использования предварительного договора: исполнения предварительного договора, отграничения предварительного договора от опциона, одобрения предварительного договора и т.д. (Н. Гайбен, Р. Борк, Н. Герцог).

Особенности использования предварительного договора, являются предметом исследования и российских ученых. Такие проблемы, в частности, освещены в ряде диссертационных исследований последних лет (А.В. Максименко, Б.И. Салимзянов, Д.В. Майдаровский, П.А. Меньшенин, А.В. Васильев, Ю.В. Шанаурина, М.Р. Каримов). Практически все указанные авторы в большей (П.А. Меньшенин) или меньшей степени (А.В. Васильев) в своих работах обращали внимание на опыт Германии. Однако в указанных работах отсутствует детальный анализ института предварительного договора в немецком праве.

**Объектом исследования** являются права и обязанности сторон, связанные с заключением и исполнением предварительного договора.

**Предметом исследования** являются нормы (а также деловая практика, судебные решения) гражданского права России и Германии, регулирующие отношения сторон по заключению и исполнению предварительного договора,

применение мер ответственности, вследствие неисполнения предварительного договора.

Одновременно с этим объектом внимания автора, прежде всего, являются вопросы, представляющие интерес с точки зрения сравнительного правоведения. Ввиду отсутствия в немецком праве широкой дискуссии касательно использования способов обеспечения предварительного договора соответствующие вопросы не нашли отражения в диссертационной работе.

**Цель исследования** – всестороннее исследование конструкции предварительного договора в российском и немецком праве, выработка на основе результатов такого исследования конкретных предложений по совершенствованию законодательства и практики его применения.

**Задачи исследования.** Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

1. Исследовать природу, функции и виды предварительных договоров в российском и германском гражданском праве.
2. Выявить признаки предварительного договора, позволяющие отграничить его от смежных правовых конструкций (соглашения о намерениях, опциона, договора о преимущественном праве, рамочного договора).
3. Рассмотреть условия, которые должны соблюдаться при заключении предварительного договора по праву России и Германии. Выявить влияние взаимосвязи предварительного и основного договоров на необходимость соблюдения условий заключения этих договоров.
4. Установить особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также особенности применения механизмов, способствующих исполнению этого обязательства в российском и немецком гражданском праве.
5. Определить основания и условия применения мер ответственности ввиду нарушения обязательства из предварительного договора в соответствии с правом России и Германии.

**Теоретическая основа.** В качестве теоретической базы автор использовал труды ведущих отечественных и зарубежных ученых-цивилистов, а также работы по общей теории права и исследования в других областях правовой науки, в частности, М.М. Агаркова, К.Н. Анненкова, М. И. Брагинского, В.В. Витрянского, Д.М. Генкина, Б.М. Гонгало, Е.Н. Даниловой, Л.Г. Ефимовой, И.В. Елисеева, В.В. Исаченко, В.Л. Исаченко, Л.А. Кассо, А. Г. Карапетова, Н.И. Клейн, М.Р. Кротова, А.Н. Кучер, В.П. Мозолина, Д.И. Мейера, И.Б. Новицкого, К.П. Победоносцева, О. Н. Садикова, Н.Г. Семилютиной, К. И. Скловского, Е.А. Суханова, Р.О. Халфиной, П.П. Цитовича, Г.Ф. Шершеневича и др. При исследовании права Германии автор опирался на труды R. Bork, H. Degenkolb, H. Dernburg, W. Flume, N. Geiben, D. Henrich, G. Göppert, N. Herzog, M. Casper, H. Koetz, F. Maurer, G. F. Puchta, W. Rode, F. Regelsberger, F. K. Savigny, W. Fikentscher, H. Einem, von, A. Heinemann, S. Schloßmann, B. Wabnitz, B. Windscheid, M. Wolf и др.

**Нормативную базу исследования** составляют правовые акты и принципы, решения органов судебной власти России и Германии.

**Методологической основой работы** являются традиционные общенаучные и специальные методы исследования – диалектический, формально-логический, исторический, системный; метод анализа, синтеза, индукции и дедукции, сравнения, аналогии. Значительный акцент сделан на использовании сравнительно-правового метода, поскольку рассмотрение заявленной темы немыслимо без исследования зарубежного опыта и проведения сравнительного анализа положений о предварительном договоре в России и Германии.

**Научная новизна** исследования определяется тем, что в нем впервые в российской литературе подвергаются сравнительному комплексному исследованию конструкция предварительного договора в российском и немецком праве.

Новыми являются также сформулированные автором предложения по совершенствованию российского законодательства применительно к вопросам



содержания, исполнения договора, а также к вопросам ответственности за нарушение предварительного договора.

**Основные положения и выводы, выносимые на защиту:**

1. В диссертации обосновывается, что право, возникающее из предварительного договора, является правом требования, но не преобразовательным (секундарным) правом. Диссертант проводит разграничение предварительного договора и опциона – безотзывной оферты (ст. 429.2 ГК РФ). Отношения, возникающие из опциона, могут быть охарактеризованы понятием связанности, но не обязанности заключить основной договор. Должник находится в положении лица «претерпевающего», поскольку вопрос заключения основного договора (акцепта безотзывной оферты) зависит от воли кредитора по опциону. Право, возникающее из опциона, может быть признано преобразовательным (секундарным). В случае судебной защиты права иск кредитора по опциону направлен на исполнение уже возникшего обязательства из основного договора. При заключении предварительного договора у стороны возникает субъективное право – право требования, этому праву противостоит субъективная обязанность другой стороны заключить основной договор. По мнению диссертанта, возникшее из предварительного договора обязательство предполагает наличие у должника именно обязанности, но не связанности, и заключение основного договора напрямую поставлено в зависимость от поведения должника – его согласия на заключение основного договора. При нарушении обязанности заключить договор кредитор вправе обратиться в суд за защитой нарушенного права – заявить о понуждении к исполнению обязанности заключить (но не исполнить) основной договор.

2. Обязательство из предварительного договора предполагает наличие прав и обязанностей, которые состоят в совершении не просто действий, но в совершении юридических действий по заключению основного договора: направлению оферты и акцепта. Обязанности совершить подготовительные действия, направленные на заключение и исполнение основного договора (оформление прав на имущество и т.п.), или воздержаться от совершения каких-

либо действий не входят в предмет предварительного договора. В отличие от Германии в России у сторон предварительного договора не возникает прав в отношении таких действий, и, соответственно, не допускается заявление требования об их принудительном исполнении. В то же время российское законодательство содержит альтернативные механизмы, позволяющие учесть интерес кредитора к выполнению должником этих подготовительных действий. Предварительный договор может предусматривать способы обеспечения исполнения обязательства (например, неустойку), которые реализуются, если заключение основного договора становится невозможным по вине одной из сторон.

3. Автор анализирует характер отношений, возникающих из предварительного договора в соответствии с правом России и Германии. В Германии признается наличие между сторонами предварительного договора особых доверительных отношений, что, например, влияет на возможность уступки: уступка прав из предварительного договора допускается только с согласия должника. В российской науке гражданского права обязательство заключить основной договор предлагалось считать неразрывно связанным с личностью должника и кредитора, вследствие чего уступка права требования заключить основной договор не должна допускаться (ст. 383 ГК РФ). По мнению диссертанта, между сторонами предварительного договора складывается фактическое доверие, не имеющее правового значения и не отражающееся на возникающем правоотношении. Обязательство из предварительного договора не имеет строго личного характера и не может быть поставлено в один ряд с правами требования по выплате алиментов и возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью, при которых уступка не допускается, вследствие чего уступка прав из предварительного договора возможна.

4. Условия основного договора должны соответствовать условиям предварительного договора. При заключении основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора, обязательство из предварительного договора не прекращается. Вследствие нарушения

обязательства – уклонения от заключения основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором, - другая сторона может быть понуждена к заключению основного договора или возмещению убытков. Вместе с тем, контрагенты всегда вправе изменить заключенный ими договор. Если условия основного договора (например, основной договор заключен в отношении того же объекта прав) свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на прекращение действия предварительного договора, предварительный договор должен рассматриваться в качестве прекратившего свое действие. В такой ситуации отсутствуют основания для возникновения ответственности из предварительного договора.

5. Предварительный и основной договоры являются взаимосвязанными сделками, в то же время заключение каждого из них предполагает выражение самостоятельного волеизъявления. В Германии взаимосвязи основного и предварительного договоров придается важное значение – недействительность предварительного договора влечет недействительность основного договора. Установлено, что в России целесообразно использовать иной подход – недействительность предварительного договора не должна влиять на действительность основного договора. И наоборот, недействительность основной сделки не влечет недействительность предварительного договора, в пределах срока действия предварительного договора сторона вправе настаивать на повторном заключении основного договора.

6. Анализ немецкого и российского права позволяет заключить, что взаимосвязь предварительного и основного договоров должна учитываться, если обстоятельства заключения предварительного договора свидетельствуют о согласии сторон на заключение основного договора. Так, одобрение предварительного договора (как сделки с заинтересованностью, крупной сделки, сделки с заложенным имуществом и т.д.) может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора, если последний не был надлежащим образом одобрен. При таком подходе не будут нарушаться

положения российского законодательства об одобрении сделок, а также права и интересы лиц, которые вправе давать требуемое согласие.

**Теоретическая значимость** диссертационного исследования состоит в том, что сформулированные в диссертации выводы, гипотезы и предложения могут служить основой для дальнейшего развития учения о предварительном договоре. Положения диссертации могут быть использованы для проведения дальнейших научных исследований и разработок по указанной проблематике.

**Практическая значимость** работы заключается в возможности использования обобщений, выводов и аргументов, проведенных и сформулированных в диссертации, в качестве методологической основы при подготовке и обсуждении соответствующих законопроектов.

**Апробация работы.** Диссертация обсуждалась на секции Центра сравнительно-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения. По теме диссертационного исследования в периодических изданиях и сборниках опубликованы статьи, в которых отражены основные положения диссертационного исследования.

**Структура работы** обусловлена ее предметом, целями и задачами, методологической основой исследования. Диссертационное исследование состоит из введения, трех глав, заключения, библиографии.

## **II. СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ**

**Во введении** обосновывается актуальность диссертационного исследования, определяются его цели и задачи, формулируются положения, выносимые на защиту.

**В первой главе «Общая характеристика предварительного договора в праве России и Германии»** выявляется роль предварительного договора в праве России и Германии, рассматривается история развития представлений о предварительном договоре, выделяются виды предварительных договоров, а также проводится разграничение между предварительным договором и смежными правовыми конструкциями.

**В первом параграфе первой главы «Роль предварительного договора в праве России и Германии»** рассматриваются ситуации, в которых предварительный договор является востребованным. К таковым, в частности, отнесены:

1. Содержание основного договора является недостаточно определенным, поскольку оно зависит от дальнейшего развития событий.
2. Для основного договора установлена определенная форма, однако ввиду каких-либо причин договор не может быть составлен в надлежащей форме.
3. Основной договор требует одобрения (например, в качестве крупной сделки).
4. До заключения основного договора сторонами должны быть совершены иные действия (проведены ремонтные работы в помещениях, которые планируется передать в аренду в соответствии с основным договором; проведено предынвестиционное исследование и т.д.).
5. Отсутствуют препятствия для заключения основного договора. Тем не менее, воля сторон направлена на заключение именно предварительного, но не основного договора.

**Второй параграф первой главы «История развития представлений о предварительном договоре в России и Германии»** посвящен истории развития научной мысли, законодательства и судебной практики в сфере регулирования порядка заключения, условий предварительного договора, а также юридических последствий, порождаемых предварительным договором.

Автором отмечается, что возможность заключения предварительного договора предусматривалась российским законодательством еще в дореволюционный период. Немецкому же законодательству до сих пор не известен данный институт. В отсутствие законодательного регулирования, при заключении предварительного договора стороны и правоприменители руководствуются: правовыми принципами (так, заключение предварительного договора допустимо в силу принципа свободы договора (*Vetragsfreiheit*)), содержание предварительного договора устанавливается в соответствии с

принципом определенности (Bestimmtheitsgrundsatz)); общими положениями ГГУ о сделках (например, нормами ГГУ о форме сделки); выводами, сформулированными судебными органами по конкретным делам (несмотря на то, что в Германии решения судов (за исключением Федерального Конституционного суда) по конкретным делам не являются источником права, судебная практика содержит элементы «производства права», если идет речь о развитии права и обеспечении единства правоприменения); доктринальными выводами (хотя в Германии доктрина не относится к источникам права, из текста судебных актов по вопросам заключения и исполнения предварительного договора следует, что немецкие суды руководствуются выводами, сформулированными в научной литературе).

Наличие или отсутствие законодательных норм не явилось препятствием для неоднократного переосмысления необходимости использования предварительного договора и подходов к пониманию этого термина, условий использования предварительного договора как в России, так и в Германии. В результате в российском и немецком праве сложилось сходное понимание этой правовой конструкции. Предварительный договор рассматривается как договор о заключении основного договора в будущем.

**В третьем параграфе первой главы «Виды предварительных договоров в России и Германии»** в целях обозначения позиции автора касательно возможности заключения предварительных договоров определенных видов (в случаях, когда эти вопросы неоднозначно решаются в доктрине и на практике) выделяются виды предварительных договоров.

В соответствии с немецким правом возможно заключение как возмездных, так и безвозмездных предварительных договоров; двусторонне (многосторонне) и односторонне обязывающих предварительных договоров. Ввиду законодательного определения статуса опциона (ст. 429.2. ГК РФ), по мнению автора, в России отсутствует потребность в использовании конструкции односторонне обязывающего и возмездного предварительного договора.

**В четвертом параграфе первой главы «Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций в России и Германии»** проводится разграничение между предварительным договором и смежными правовыми конструкциями: соглашениями, не имеющими обязательной силы; опционом; договором о преимущественном праве; рамочным договором. Это позволяет выделить существенные признаки, обособляющие предварительный договор в самостоятельную правовую конструкцию (договор).

Во-первых, предварительный договор порождает обязательство заключить конкретный основной договор, при нарушении которого обязанная сторона может быть понуждена к заключению основного договора.

Во-вторых, в рамках этого обязательства праву одного лица противостоит обязанность, но не связанность, другого лица заключить основной договор. Управомоченная сторона не вправе односторонним волеизъявлением изменить правовое положение другой стороны. Следовательно, из предварительного договора возникает право требования о заключении основного договора, но не право на правообразование (секундарное право).

В-третьих, право требовать заключения договора исчерпывается при заключении основного договора. И наоборот, если основной договор по вине одной из сторон не заключен или является недействительным, управомоченная сторона вправе настаивать на заключении основного договора (при наличии такой возможности) или возмещении убытков.

**Во второй главе «Заключение предварительного договора в праве России и Германии»** отмечается, что в значительной степени заключение предварительного договора подчинено общим условиям, применимым к любому договору (если иное прямо не следует из законодательства или существа обязательства, возникающего из предварительного договора): должны быть определены существенные условия, соблюдена форма и учтены иные требования, при соблюдении которых предварительный договор является действительным. Кроме того, в российской юридической литературе и судебной практике нередко особенно подчеркивается, что при заключении предварительного договора

должно соблюдаться еще одно условие - получено согласие на заключение предварительного договора (со стороны органов юридического лица, третьих лиц, государственных органов и органов местного самоуправления). Автор анализирует, является ли указанное условие действительности предварительного договора таковыми или нет и в каких случаях.

**В первом параграфе второй главы «Содержание предварительного договора в праве России и Германии»** дается характеристика применяемого в немецком праве принципа определенности, с учетом которого устанавливается содержание (условия) предварительного договора. При заключении предварительного договора в соответствии с немецким правом следует установить: существенные условия основного договора, которые определены в качестве таковых законодательно, а также условия, которые являются существенными для сторон договора.

В соответствии с новой редакцией п. 3 ст. 429 ГК РФ предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также те условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. То есть в предварительном договоре могут отсутствовать условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида. Внесенные изменения оцениваются автором критически, поскольку в такой ситуации стороны будут лишены необходимости согласовывать или определять отдельные существенные условия или способ согласования существенных условий будущего договора, что повлечет возложение неоправданно большой дополнительной нагрузки на судебную систему.

В диссертационном исследовании отмечается, что сторонами предварительного договора могут быть использованы различные способы определения условий основного договора: предусмотрено участие третьего лица; оставлено на справедливое усмотрение сторон; одному из контрагентов может быть предоставлено право в определенных пределах односторонне установить



условия основного договора. Однако это допустимо только, если в предварительном договоре содержится соответствующее указание. В противном случае существенные условия предварительного договора не могут считаться согласованными (определенными), а сам договор заключенным.

Диссертантом рассматривается возможность определения условий основного договора с участием суда. В соответствии с новой редакцией п. 5 ст. 429 ГК РФ предусматривается общее правило, что в случае возникновения разногласий сторон относительно условий основного договора такие условия определяются в соответствии с решением суда.

Полагаем, что судебное восполнение условий основного договора должно допускаться только в двух случаях: 1) если для этого имеются достаточные основания в предварительном договоре: сторонами определен порядок конкретизации условий, или имеются иные указания, позволяющие истолковать положения договора; 2) если в законе содержатся общие положения, позволяющие определить условия договора (положение о сроке, цене и т.д.).

**Во втором параграфе второй главы «Форма предварительного договора в праве России и Германии»** приведен анализ требований к форме предварительного договора, предъявляемых в соответствии с российским и немецким правом.

Обращается внимание, что в немецком праве используются принципиально иные подходы к определению формы предварительного договора: форма предварительного договора может быть слабее письменной формы; она может быть слабее формы основного договора; форма предварительного договора определяется формой основного договора только в том случае, если форма основного договора установлена для целей защиты стороны. Оценивая возможность и целесообразность использования сходных подходов в России, автор приходит к заключению, что это возможно при условии ослабления требований к форме предварительного договора (до устной формы). Последнее может быть сделано в перспективе, но нецелесообразно на нынешнем этапе развития общественных отношений.

В диссертационном исследовании подчеркивается, что в последнее время в немецкой науке предварительный и основной договор все больше рассматриваются как тесно взаимосвязанные правовые конструкции. Это позволяет говорить об экономии правовых средств, которыми достигается действительность основного или предварительного договоров. Развивая взгляды немецких ученых, автор предлагает дополнить законодательные положения (ГК РФ), предусматривающие возможность переноса «нотариального эффекта» с предварительного договора на основной. То есть, считать, что основной договор, не получивший нотариального удостоверения, может быть признан действительным судом, если предварительный договор, предусматривающий заключение и включающий все существенные условия такого договора, нотариально удостоверен.

**Третий параграф второй главы «Согласие на заключение (одобрение) предварительного договора в праве России и Германии»** посвящен анализу вопроса о необходимости получения согласия на заключение (одобрение) предварительного договора как сделки (со стороны органов юридического лица, третьих лиц, государственных органов и органов местного самоуправления).

В немецкой доктрине используется дифференцированный подход к оценке необходимости получения согласия на заключение предварительного договора. Учитываются два фактора: каким субъектом должно быть дано согласие на заключение основного договора (одобрение требуется только со стороны органов публичной власти); для каких целей предусмотрен контроль за совершением сделки (требуется одобрение, если имеется цель защитить одного или обоих контрагентов от невыгодного содержания договора).

Анализ российского законодательства и практики показывает, что наработки немецкой доктрины могут быть экстраполированы на российскую почву: распространение требований об одобрении сделки на предварительный договор целесообразно тогда, когда предоставление соответствующего разрешения обусловлено социальными целями (в частности, направлено на защиту интересов лиц, не обладающих полной дееспособностью). В иных

случаях, по нашему мнению, предварительный договор не должен подлежать одобрению по ряду причин. Во-первых, в силу обязательства из предварительного договора исключен риск перехода прав на имущество и не возникают специальные последствия, связанные исключительно с исполнением предварительного договора (кроме взыскания убытков), и отличные от тех, которые возникли, если бы стороны решили заключить основной договор без согласия соответствующего лица. Во-вторых, прохождение процедуры одобрения предварительного договора может являться излишним, поскольку ввиду разрыва во времени между заключением предварительного и основного договоров и возможным изменением обстоятельств (например, сделка утратила статус крупной) может отпасть необходимость одобрения основной сделки. Наконец, отсутствие необходимости одобрения предполагает предъявление «более слабых» требований к предварительному договору, что позволяет достичь большей гибкости по сравнению с основным договором.

В то же время отсутствие обязанности по одобрению предварительного договора не исключает возможность его одобрения по своему усмотрению. Полагаем, что одобрение предварительного договора может рассматриваться в качестве доказательства одобрения основного договора, если последний не был надлежащим образом одобрен. При таком подходе не будут нарушаться положения российского законодательства об одобрении сделок, а также права и интересы лиц, которые вправе давать требуемое согласие.

**В третьей главе «Особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства в праве России и Германии» рассмотрены отдельные вопросы добровольного и принудительного исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также особенности ответственности сторон предварительного договора.**

**В первом параграфе третьей главы «Надлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России**

**и Германии»** проанализированы отдельные аспекты надлежащего исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора (предмет исполнения обязательства; перемена лиц в обязательстве; исполнение обязательства из предварительного договора, признанного в последующем недействительным).

Автор подчеркивает, что предметом предварительного договора является заключение основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором. Из этого следует, что в случае заключения основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора, по общему правилу, право требования о заключении основного договора не должно прекращаться. Однако если условия основного договора или обстоятельства его заключения свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на прекращение действия предварительного договора (например, основной договор заключен в отношении того же объекта прав), предварительный договор должен рассматриваться в качестве прекратившего свое действие.

Определяется соотношения предмета предварительного договора и подготовительных действий - дополнительных обязанностей сторон по оформлению прав на имущество, переоформлению документов и т.п., которые зачастую включают в текст предварительного договора. В соответствии с российским правом дополнительные обязанности не входят в предмет предварительного договора. Вследствие этого, в отличие от Германии в России у сторон предварительного договора не возникает прав в отношении таких действий, не допускается заявление требования об их принудительном исполнении. Однако российское законодательство содержит альтернативные механизмы, позволяющие учесть интерес кредитора к выполнению должником подготовительных действий. Предварительным договором могут быть предусмотрены способы обеспечения (например, неустойка), которые реализуются, если заключение основного договора становится невозможным по вине одной из сторон.

Автор анализирует характер обязательства, возникающего из предварительного договора, в соответствии с правом России и Германии. В

Германии признается наличие между сторонами предварительного договора особых доверительных отношений, что, например, влияет на возможность уступки: уступка прав из предварительного договора допускается только с согласия должника. В российской науке гражданского права обязательство заключить основной договор предлагалось считать неразрывно связанным с личностью должника и кредитора, вследствие чего уступка права требования заключить основной договор не должна допускаться (ст. 383 ГК РФ). По мнению диссертанта, между сторонами предварительного договора складывается фактическое доверие, не имеющее правового значения и не отражающееся на возникающем правоотношении. Обязательство из предварительного договора не имеет строго личного характера и не может быть поставлено в один ряд с правами требования по выплате алиментов и возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью, при которых уступка не допускается, вследствие чего уступка прав из предварительного договора возможна.

**Во втором параграфе третьей главы «Принудительное исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии»** сформулированы подходы к решению отдельных вопросов принудительного исполнения предварительного договора.

В частности, опираясь на немецкий опыт, автор отстаивает позицию, согласно которой иск о понуждении к заключению основного договора должен быть определен как иск о присуждении. Исполнением судебного решения при понуждении к заключению основного договора является передача волеизъявления уклоняющейся стороны на заключение договора.

Рассматривается возможность объединения исков о понуждении к заключению основного договора и его принудительном исполнении. В соответствии с немецкой доктриной и судебной практикой по основаниям процессуальной экономии, равно как в интересах быстрой правовой защиты кредитора допускается объединение указанных исков. При этом второй иск только тогда считается приемлемым, если удовлетворен первый. В соответствии с российским законодательством иск о принудительном исполнении обязательства

может быть заявлен только в случае ненадлежащего исполнения обязательства (см., например, ст. 398 ГК РФ). При заявлении иска о понуждении к заключению основного договора, срок исполнения обязательства из основного договора еще не наступит, что при буквальном толковании закона не позволяет предъявить требование о его принудительном исполнении. Между тем, по нашему мнению, в данном случае возможно использовать расширительное толкование, и уклонение от исполнения обязательства заключить основной договор рассматривать в качестве обстоятельства, свидетельствующего о том, что обязанность по исполнению основного договора также не будет исполнена надлежащим образом. Иными словами, учитывая тесную взаимосвязь основного и предварительного договоров, возможно «транслировать» подход к неисполнению обязательства на основной договор.

**В третьем параграфе третьей главы «Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии»** проводится сравнение оснований возникновения ответственности из предварительного договора в соответствии с российским и немецким правом, а также анализируются подходы к порядку определения размера убытков, возникающих из предварительного договора.

По результатам анализа оснований возникновения ответственности из предварительного договора в России и Германии, автор приходит к заключению, что в соответствии с российским правом возможно вести речь о взыскании убытков в связи с заключением предварительного договора не только в случае уклонения стороны от заключения договора, но и в случае, когда вследствие поведения одной из сторон возникает угроза для экономического результата, на который направлено заключение основного договора. Действия должника в нарушение принципа добросовестности с учетом обстоятельств должны быть квалифицированы как злоупотребление правом. Текущей редакцией ст. 10 ГК РФ прямо предусмотрена возможность взыскания убытков ввиду злоупотребления правом.

В целях определения размера убытков, подлежащих взысканию в соответствии с предварительным договором, в немецкой доктрине предлагается исходить из того, может ли кредитор в соответствии с предварительным договором требовать заключения основного договора. Если такое требования реализуемо, то размер подлежащих взысканию убытков следует определять, как если бы это были убытки из основного договора. В случае, когда при заключении основного договора, он может быть тотчас же вновь лишен действия, кредитор не вправе требовать возмещения убытков вследствие неисполнения основного договора. Признавая обозначенный подход наиболее взвешенным, автор соглашается с П.А. Меньшениным в том, что аналогичных правил следует придерживаться в при определении размера убытков в соответствии с российским правом. Автором также предлагаются уточнения к высказанным П.А. Меньшениным предложениям.

**В заключении** обобщаются основные выводы, полученные в процессе диссертационного исследования, и подводятся его итоги.

**Основные положения диссертации опубликованы** в ведущих рецензируемых научных журналах, указанных в перечне Высшей аттестационной комиссии Министерства образования и науки Российской Федерации:

1. Полякова В.Э. Согласие на заключение как условие действительности предварительного договора: немецкий и российский опыт // Право и политика. 2014. № 8. С. 1260-1266. – 0,55 п.л.

2. Полякова В.Э. Предварительный договор и действия фактического характера: подходы российского и немецкого права // Право и политика. 2014. № 11. С. 1768-1773. – 0,55 п.л.

3. Полякова В.Э. Предварительный договор: отграничение от смежных правовых конструкций в праве России и Германии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 1. С. 75-82. – 0,95 п.л.