**Различие договоров подряда и купли-продажи: обсуждаем проблему**

Г. С. Васильев, А. О. Рыбалов

Купля-продажа и подряд имеют такое сходство, что в некоторых случаях возникает вопрос, имеется ли купля-продажа или подряд.

Гай (D.19.2.2.1)

К сожалению, нельзя сказать, что в вопросе о разграничении подряда и купли-продажи отечественная правоприменительная практика продвинулась дальше утверждений, вынесенных в эпиграф. Для многих практических работников эти договоры по-прежнему порой неотличимы друг от друга, что, конечно, не случайно.

М. И. Брагинский, один из разработчиков нового ГК РФ, комментируя свое детище, заметил, что по вопросу об отграничении подряда от купли-продажи «определенный ответ содержится в Венской конвенции, которая посвящена договорам международной купли-продажи».[[1]](#footnote-1)[1] Термин «определенный» был употреблен явно в значении «не совсем точный». В российском же ГК такое разграничение не проводится вообще. Разработчики ГК РФ не рискнули ввести в него критерий различия подряда и купли-продажи, заложенный в Венской конвенции, хотя очевидно, что многие ее положения были реципированы ГК.

Разграничить договоры купли-продажи и подряда, особенно в случаях, когда речь идет о поставке или купле-продаже по образцам, порой действительно почти невозможно. И это несмотря на то, что именно подряд и продажа урегулированы в ГК наиболее подробно. Казалось бы, что может быть проще, ведь их легальные определения различны.

Статья 454 ГК РФ определяет куплю-продажу как договор, по которому одна сторона обязуется передать товар в собственность другой стороне, которая должна принять его и оплатить. Пункт 2 ст. 455 ГК специально предусматривает возможность продажи вещей, которые будут созданы или приобретены продавцом в будущем. Подрядом же называется договор, по которому подрядчик обязуется выполнить определенную работу и сдать ее результат заказчику, который должен принять и оплатить его (п. 1 ст. 702 ГК). При этом договор подряда может заключаться на изготовление или обработку вещей, а также выполнение иных работ, результат которых может быть передан заказчику (п. 1 ст. 703 ГК).

Таким образом, по договорам обоих типов покупатель (заказчик) может приобретать в собственность определенные вещи (товары), изготовленные продавцом (подрядчиком). Суть проблемы, в итоге, в том, чтобы квалифицировать сделку, где должник обязуется передать кредитору вещь, которую ему предстоит изготовить из своего материала.

На практике коллизия норм о подряде и продаже встречается достаточно часто. Распространенным примером может служить заказ потребителем типовой мебели по образцам. Квалификация сделки имеет значение, в частности, для определения размера неустойки в случае нарушения обязательства (ср. ст. 23 и 28 Закона РФ «О защите прав потребителей» в редакции Федерального закона от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ).[[2]](#footnote-2)[2]

Поставленная проблема обсуждалась еще римскими юристами, которые давали четкий ответ: если материалы для работы предоставлял заказчик, договор считался подрядом. Если они принадлежали подрядчику — перед нами купля-продажа. Так, Помпоний цитировал Сабина (D. 18.1.20): «Сабин ответил: если мы желаем, чтобы для нас была сделана какая-либо вещь, например, статуя, или какой-либо сосуд, или одежда, и мы не даем ничего, кроме денег, то это рассматривается как купля, и не может быть какого-либо найма[[3]](#footnote-3)[3] в тех случаях, когда сам предмет не предоставляется тем лицом, для которого что-либо делается» (D.18.1.20). «Всякий раз, как (вещь) изменяется и отчуждается, должна скорее подразумеваться купля» (D.18.1.65).

Гай писал в Институциях (3.147): «...если я условился с ювелиром, чтобы он из своего золота сделал для меня кольца... и получил бы примерно двести денариев, то заключается ли договор купли-продажи или найма. Кассий говорит, что относительно материала заключен договор купли-продажи, относительно же работы договор найма. Но большинство решило, что тут только купля и продажа. Если я, однако, дам ему свое золото, определив плату за работу, то не подлежит сомнению, что это наем».

Лишь в некоторых случаях для признания отношений подрядом считалось достаточным, чтобы заказчик предоставил самое существенное из того, что должно быть переработано: «Другое дело, если я дам участок земли, на котором ты построишь здание, так как в этом случае мной доставляется сама основа» (D. 18.1.20).

Достоинством такого подхода является его простота. Установить, кем были предоставлены материалы, в большинстве случаев нетрудно, и квалификация не вызывает затруднений.

Однако для действующего российского права такое решение невозможно. Ведь предполагается, что новая вещь изготавливается подрядчиком своим иждивением, в том числе из своих материалов (ст. 704 ГК). Обсуждать вопрос о целесообразности использования римского критерия можно лишь на будущее, что, однако, выходит за рамки сегодняшнего обсуждения. Германское гражданское уложение (далее — ГГУ), которое по своему

Ж авторитету (по крайней мере, для отечественных правоведов) уступает, пожалуй, лишь сочинениям упомянутых в «Законе о цитировании» римских юристов, проводит различие следующим образом. Согласно § 651 ГГУ, расположенному в Разделе 9 «Договоры подряда и подобные договоры», к договору, «который имеет своим предметом поставку изготовленных или подлежащих изготовлению движимых вещей, применяются положения о купле-продаже». Поскольку подлежащие изготовлению или изготовленные движимые вещи являются незаменимыми, то к «отношениям сторон подлежат применению § 642 («Содействие заказчика»), § 643 («Расторжение договора в случае отсутствия содействия заказчика»), § 645 («Ответственность заказчика»), § 649 («Право заказчика на расторжение договора»), §650 («Смета расходов»)». Ранняя редакция § 651 ГГУ предусматривала, что «если подрядчик обязуется выполнить работу из собственного материала, то он должен передать заказчику изготовленную вещь и право собственности на нее. В отношении такого договора действуют предписания о купле-продаже; если должна быть изготовлена индивидуально-определенная вещь, то вместо § 433 (основные обязанности покупателя и продавца), предл. 1 абз. 1 § 446 (переход риска случайной гибели вещи) и § 447, 459 (ответственность за недостатки вещи), 460 (знание покупателя о недостатках), 462-464, 477—479 действуют предписания о договоре подряда, за исключением § 647—648 (залог и ипотека на предмет договора подряда)».[[4]](#footnote-4)[4] Таким образом, германское право вслед за римским полагало, что в любом случае, когда идет речь об изготовлении вещи из материала подрядчика, имеет место купля-продажа. Даже если изготавливается индивидуально-определенная вещь, речь все равно идет о продаже, к которой просто применяются некоторые нормы, заимствованные в главе о подряде. Современная редакция ГГУ в качестве критерия различия указывает на характер вещи, изготавливаемой по договору: чтобы договор считался продажей, она должнабыть движимой. Но и при этом, так как она считается незаменимой, к договору применяются некоторые нормы о подряде.

Среди дореволюционных российских ученых единства мнений по данному вопросу не было. Например, Г. Ф. Шершеневич, комментируя действовавшую в то время ст. 1737 ч. 1 т. X Свода законов Российской Империи, обязывавшую подрядчика выполнить предприятие своим иждивением, указывал, что подрядчик обязуется не только создать вещь, но и передать контрагенту какие-либо принадлежащие ему вещи, даже если их еще придется приобрести. «Передаются такие вещи, которые имеют своим назначением служить созданию новой вещи. Подрядчик доставляет материал, приобретает необходимые орудия... Близость подряда и поставки обнаруживается в том, что оба договора имеют своим содержанием передачу вещей не индивидуальных, а определенных родовыми признаками... Поставка обязывает только к передаче вещей, а подряд обязывает к выполнению работы, а сами вещи являются или дополнением, или необходимым условием этой работы».[[5]](#footnote-5)[5] Видимо, Г. Ф. Шершеневич считал, что подрядчик приобретает материалы для заказчика и действия по их преобразованию производит уже над чужим имуществом. Следовательно, подряд рассматривается как усложненная купля-продажа.

Такой взгляд был отвергнут еще римскими юристами. Например, Гай, описывая в Институциях упоминавшийся пример с заказом кольца у золотых дел мастера, говорит, что Кассий видел здесь продажу материалов и наем работы по их переработке, однако возобладало мнение Сабина, который счел договор одной сделкой, а именно продажей (Институции Гая. 3, 147).

В настоящее время мы также не можем принять предлагавшееся Г. Ф. Шер-шеневичем решение. Оно искусственно делит единый договор на два, причем собственно подряд (выполнение работ) производится уже с чужими материалами. Между тем ст. 705 ГК (так же, как и ст. 1737 Свода законов) прямо предполагает использование именно своих вещей.

Большей простотой отличалась позиция составителей проекта Гражданского Уложения Российской Империи: в ст. 408 предлагалось закрепить такую норму: «Если материал для изготовления заменимых вещей должен быть поставлен исключительно подрядчиком, то договор обсуждается по правилам о договоре продажи».[[6]](#footnote-6)[6] Аналогичная норма содержалась и в ст. 441 первой редакции Проекта. Таким образом, изготовление незаменимых вещей будет подрядом, а заменимых — продажей. Составители Гражданского Уложения сводят проблему различия подряда и продажи к известной классификации вещей на заменимые и незаменимые.[[7]](#footnote-7)[7] Вопрос этот хорошо изучен и в целом не вызывает сложностей. Поэтому не удивительно, что у него много сторонников.

К этой позиции близок и М. М. Агарков. Он писал, что при производстве вещи из материалов должника договор будет являться подрядом только в случае, если изготавливается индивидуальная вещь, ибо в этом случае важен сам процесс ее производства.[[8]](#footnote-8)[8] Если же предмет сделки определен родовыми признаками, можно говорить о купле-продаже, ибо должник не лишен права приобрести вещи у третьих лиц. Только в том случае, если стороны специально установили, что вещи изготавливаются лично должником, мы снова имеем дело с подрядом, ибо предмет договора получает индивидуализацию.

Позиция М. М. Агаркова основана на том, что должник имеет фактическую возможность не производить вещь, а просто купить ее «на стороне».

% Иными словами, если должник обязался изготовить объект и передать его кредитору, однако может не изготавливать его, а приобрести у третьих лиц, то такая сделка подрядом не является. Однако если достичь нужного экономического результата можно не исполнением, а совершением действий, характерных для другого договора, это вовсе не означает, что стороны заключили между собой именно ту сделку, согласно которой действовал должник. Очевидно, что экономическая цель, которую преследовали стороны при заключении договора (передача вещи в собственность), может быть) достигнута разными способами (путем покупки у третьего лица или изготовлением). Но В. С. Ем писал: «Юридические цели (основания сделки) нельзя отождествлять с социально-экономическими целями субъектов сделки... Одна и та же социально-экономическая цель может быть достигнута через реализацию различных правовых целей (например, социально-экономическая цель использования автомобиля может быть достигнута через реализацию таких правовых целей, как приобретение права собственности на автомобиль или приобретение права пользования в результате найма автомобиля)».9 Однако экономическая цель сделки при замене изготовления : вещи ее приобре[[9]](#footnote-9)[9]ением на стороне нередко достигается не полностью, что мы рассмотрим далее.

Современные авторы вопрос о разграничении указанных сделок решают по-разному. Так, М. И. Брагинский предложил использовать уже упоминавшуюся Венскую конвенцию, согласно которой «договоры на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству, считаются договорами купли-продажи, если только сторона, заказывающая товары, не берет ; на себя обязательства поставить существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства таких товаров».

Однако Венская конвенция вряд ли может служить в данном случае достойным ориентиром. Предложенный ею критерий целиком заимствован из римского права (Гай излагал ее почти дословно,[[10]](#footnote-10)[10] но при этом не так категорично: «скорее всего, это купля-продажа»).[[11]](#footnote-11)[11] Выше мы уже отметили неприемлемость взглядов римских юристов для действующего российского права, добавим также следующее.

Даже если допустить договор купли-продажи, по которому кредитор обязан передать должнику значительную часть материалов для изготовления вещи (что спорно), то это лишь подтвердило бы следующее утверждение: сделка, во исполнение которой кредитор обязан передать должнику значительную часть материалов, может оказаться как подрядом, так и куплей-продажей.

Получается, что Венская конвенция, предлагаемая М. И. Брагинским для разрешения внутрироссийских правовых проблем, не позволяет различить куплю-продажу и подряд, поскольку предлагаемый ею критерий не абсолютен. Договор, по которому заказчик не обязан передавать исполнителю материалы, с точки зрения российского права вовсе не обязательно будет договором купли-продажи. Поскольку современный российский ГК презюмирует, что работа выполняется именно иждивением подрядчика, критерий, предлагаемый Венской конвенцией, вовсе неприемлем для российской правовой действительности.

М. И. Брагинский предлагает еще один критерий разграничения подряда и купли-продажи. Для договора подряда большое значение имеет сам процесс выполнения работы. Если этот процесс получает отражение в условиях договора, регулируется им, то можно вести речь о подряде. В противном случае есть все основания считать заключаемый договор куплей-продажей. М. И. Брагинский утверждает: хотя организатором работ является подрядчик, в процессе их выполнения активно участвует и заказчик. Таким образом, если в конкретный договор включается право заказчика проверять ход и качество работ, налицо подряд.[[12]](#footnote-12)[12] Однако данный критерий страдает тем же недостатком, что и предыдущий: он не имеет абсолютного характера, допускает исключения, значит, может носить лишь факультативный характер. Далеко не всегда заказчику в договоре подряда интересно, каким образом подрядчик изготавливает вещь. Быть может, в большинстве случаев такой интерес присутствует, но исключения возможны. Так, если я заказываю мебель, мне совершенно безразлично, по какой технологии будет действовать исполнитель, и я не собираюсь его контролировать.

Пункт 1 ст. 715 ГК императивно установил, что заказчик вправе в любое время проверять ход и качество работы, выполняемой подрядчиком, не вмешиваясь в его деятельность. Следовательно, отсутствие в конкретном договоре условия о праве заказчика контролировать ход работы вовсе не означает, что перед нами — договор купли-продажи. Напротив, включение подобного условия в договор купли-продажи также возможно, и оно не превратит его в подряд. Например, покупатель партии автомобилей, выпускаемых заводом, может наблюдать за ее сборкой. Таким образом, использовать ст. 715 ГК для разграничения подряда и купли-продажи нельзя, поскольку в конкретном договоре право контроля может быть вообще не оговорено и тогда, чтобы установить, есть ли у кредитора соответствующая возможность, придется сначала решить, с каким договором мы имеем дело. Получится замкнутый круг.

Если согласиться с тем, что решающее значение для квалификации имеет регулирование договором процесса изготовления вещи, то получится, что природа общественных отношений не зависит от их объективных свойств, а произвольно выбирается сторонами. Наконец, договор не должен «регулировать ведение работ». Подрядчик сам организует их ход и не должен сверять с текстом порядок производства отдельных операций. Заказчик же не имеет права вмешиваться в деятельность подрядчика, а может лишь следить со стороны за их ходом.

В итоге, с мнением М. И. Брагинского нельзя согласиться. Критерий различия должен учитывать особенности отношений между сторонами, текст их соглашения играет здесь подчиненную роль.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, проводя различие между подрядом и куплей-продажей, как и М. М. Агарков, используют понятие индивидуальной определенности вещи: «...некоторые отношения, обладающие указанными признаками, могут быть заведомо построены только по одной из рассматриваемых моделей. Так, например... вещи, определенные родовыми признаками, из рассматриваемых двух договорных моделей могут быть предметом только купли-продажи».[[13]](#footnote-13)[13]

Данная позиция представляется неточной. Вряд ли можно согласиться с тем, что предмет подряда всегда индивидуален. Ведь в момент заключения договора его еще нет, а потому он может быть определен только родовыми признаками. Вместе с тем вещи, переданные во исполнение договора купли-продажи, становятся индивидуальными, получая необходимую конкретизацию фактом передачи. Поэтому соотношение «индивидуальное — родовое» применительно к данным договорам необходимо обсуждать в динамике, отталкиваясь при этом от понятия индивидуализации (см. об этом далее).

На разграничении неповторимых и индивидуально-определенных вещей следует остановиться особо. Данные понятия являются различными, не соотносящимися даже как вид и род. Иными словами — и это главное! — неповторимая вещь может быть не индивидуально-определенной. Азбука современной российской науки гражданского права[[14]](#footnote-14)[14] сводит все указанные понятия к дихотомии вещей на индивидуально-определенные и родовые, тем самым приравнивая индивидуально-определенные вещи к неповторимым, а родовые — к повторимым.

Не вызывает сомнений то, что «наряду с предметами, единственными в своем роде, например картиной И. К. Айвазовского "Девятый вал"», к индивидуально-определенным вещам могут быть отнесены в принципе любые вещи, так или иначе выделенные участниками сделки из массы однородных вещей, например, часть урожая картофеля, складированная в определенном месте, газ, затаренный в конкретный баллон, и т. п.».[[15]](#footnote-15)[15]

О том, что любой предмет, определяемый родовыми признаками, всегда имеет шанс превратиться в индивидуально-определенный, хорошо сказано в ГГУ: «Если предмет обязательства определен родовыми признаками, то для исполнения обязательства должник обязан предоставить предмет среднего рода и качества. Если должник в целях исполнения обязательства предоставил такой предмет, то указанный предмет становится индивидуально-определенным предметом обязательства» (§ 243). Так, гвоздь, покупаемый мною в хозяйственном магазине, становится для меня индивидуально-определенной вещью с того момента, когда его отделили от его собратьев, до того он для меня был родовым предметом обязательства.

Итак, гвоздь становится индивидуально-определенным в момент его выделения из общей массы. Однако его гибель после индивидуализации, но до исполнения обязательства не приведет к прекращению обязательства невозможностью исполнения, как считают авторы учебника: «Индивидуально-определенные вещи юридически незаменимы, и потому их гибель освобождает обязанное лицо от передачи их управомоченному субъекту».[[16]](#footnote-16)[16] В том-то и дело, что индивидуально-определенная вещь в подавляющем большинстве случаев вполне может быть заменена другой однородной вещью. Нельзя заменить лишь такую вещь, которая не имеет аналогов, вещь уникальную или просто очень редкую. Например, если я договорился купить рукопись, а она, вопреки известному утверждению, все-таки сгорела, то здесь действительно исполнение невозможно.

Неповторимой является вещь, которая не может быть заменена другой вещью с теми же значимыми характеристиками. Так, упомянутая картина И. К. Айвазовского — неповторимая вещь. Она индивидуально определена, когда стороны обсуждают именно ее как предмет обязательства, четко понимая, о какой именно вещи идет речь. Но «если поверенный по договору поручения примет на себя обязанность приобрести для доверителя "какую-либо из картин И. К. Айвазовского", то объект сделки будет определен родовыми признаками, хотя каждая из работ И. К. Айвазовского сама по себе уникальна».[[17]](#footnote-17)[17] Приведем другой пример. Каждый объект недвижимости сам по себе неповторим, имея индивидуальное место расположения, индивидуальные технические характеристики и кадастровый номер, наконец. Однако это не мешает объектам недвижимости быть в определенных случаях и родовыми предметами сделок.

Иногда говорят, что «указанное деление вещей достаточно условно и весьма подвижно».[[18]](#footnote-18)[18] На наш взгляд, никакой условности здесь нет, да и не место условностям в науке. Деление вещей на индивидуально-определенные и родовые должно производиться отдельно от деления на неповторимые и повторимые (незаменимые и заменимые), поскольку критерии классификации здесь разные. Для дихотомии «индивидуальное — родовое» важна степень конкретизации предмета сделки (и возникающего из нее обязательства), когда участникам правоотношения ясно, о какой именно вещи идет речь. Для определения же незаменимости вещи достаточно объективного критерия — существуют ли аналоги вещи (наличие аналогов определяется обычно по влиянию оборота на существенные телесные свойства предмета и его назначение). Очевидно, что в одном правоотношении вещь может быть индивидуальной, в другом — та же самая вещь — родовой. Незаменимая же вещь остается незаменимой независимо от того, предметом какого правоотношения она является.

Но вернемся к разграничению подряда и купли-продажи. При заключении договора на изготовление вещи сторонам вполне может быть очевидна ее неповторимость, например, когда вещь изготавливается по индивидуальным чертежам. В то же время говорить об индивидуальной определенности этой вещи смысла, наверное, нет, так как она сама пока не существует.

Индивидуальность вещи отражает ее субъективное восприятие сторонами в качестве предмета правоотношения. Если говорить об индивидуальности вещи еще до ее создания, то тогда можно требовать и ее передачи по ст. 398 ГК. Все правовое регулирование, использующее понятие индивидуально-определенной вещи, направлено на осуществление с нею таких действий, которые возможны только с объектом, существующим в натуре.

По мнению М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, «с проблемой разграничения купли-продажи и подряда приходится сталкиваться лишь тогда, когда содержанием договора служит отчуждение индивидуально-определенной вещи... Все же на практике и в отношении этих договоров возникают иногда трудности при необходимости установить, по какой именно из двух рассматриваемых моделей они построены и какой правовой режим для них должен признаваться применимым».[[19]](#footnote-19)[19]"Таким образом, и критерий индивидуальной определенности изготавливаемой вещи не может считаться достаточным.

В. В. Ровный предлагает радикальное решение обсуждаемой проблемы. Он считает, что продавец может лишь приобретать вещи для исполнения договора, но не создавать их. Всякий раз, когда речь идет об изготовлении чего-либо, перед нами подряд.[[20]](#footnote-20)[20] На будущее он предлагает исключить из п. 2 ст. 455 ГК слова «создан или» либо заменить союз «или» на соединительный «и» (аналогичное решение предлагается в отношении ст. 506 ГК). Недостаток данной позиции очевиден: до тех пор, пока законодатель не внял совету ученого, его мнение мало помогает решению проблемы. Поскольку мы не можем просто проигнорировать нормативную формулировку, взгляд В. В. Ровного при толковании de lege lata должен быть отвергнут.

Таковы основные подходы к разграничению подряда и купли-продажи. Как же их все-таки разграничить? На наш взгляд, возможны две точки зрения.

ПОЗИЦИЯ А. О. РЫБАЛОВА

Ответ на поставленный вопрос, очевидно, нужно начинать искать в общих положениях о купле-продаже и о подряде. Так, согласно прямому указанию закона, могут существовать обязательства и из договора купли-продажи, и из договора подряда, по которым должник обязан из своих материалов изготовить вещь и передать ее кредитору. Несмотря на кажущееся тождество указанных правоотношений, закон разделяет их по разным правовым институтам. Вместе с тем данные обязательства представляют собой лишь частные случаи более общих понятий. Купля-продажа вещи, которую продавец должен изготовить, и подряд на изготовление вещи — видовые понятия по отношению к родовым — купле-продаже и подряду. Любое видовое понятие не может обладать признаками, которыми не обладает родовое.

Определение правоотношений сторон, возникающих из договора купли-продажи, дано в ст. 454 ГК РФ: продавец обязуется передать вещь в собственность другой стороне, а покупатель обязуется принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму. Необходимым и достаточным для описания купли-продажи является указание на обязательство должника по передаче права собственности.[[21]](#footnote-21)[21] Предметом договора купли-продажи выступают действия должника по передаче права собственности. Содержание видового понятия — купли-продажи вещи, которая только будет изготовлена должником, — не может быть шире указанного родового понятия.

Таким образом, предметом соответствующего договора не может быть, кроме передачи вещи, еще и иное действие должника — ее изготовление. Разница между видовым и родовым понятиями должна иметь количественный характер (изготовлена уже вещь или нет), но не качественный (когда возникает новая обязанность должника). Предметом договора купли-продажи является только передача права собственности, а подряда — изготовление вещи. Иными словами, в обязательстве продавца из договора купли-продажи обязанности изготовить вещь у продавца нет, даже если вещи — предмета правоотношения — еще не существует в природе. Изготовление вещи здесь не становится частью правоотношения, а осуществляется вне его рамок. Таким образом, если заключен договор купли-продажи вещи, которую только предстоит изготовить, то изготовление этой вещи не охватывается договором и не составляет обязанности должника. На это указывают М. И. Брагинский и В. В. Витрянский: «Различие между указанными договорами имеет своей основой несовпадение в объектах, если понимать под ним действия обязанных лиц. Так, для купли-продажи им служит передача вещи, а для подряда... изготовление (переделка, обработка и т. п.) вещи с передачей результата».[[22]](#footnote-22)[22]

Но, сделав такое утверждение, авторы затем приходят к неверному выводу: «Следовательно, если договор не регулирует ведения работы по созданию результата, — налицо купля-продажа».[[23]](#footnote-23)[23] Как уже было указано, отсутствие в договоре условий, касающихся самого процесса работы, вполне компенсируется императивными нормами закона. Вполне может быть, что в заведомо подрядном договоре не сказано ни слова об условиях выполнения работы, но это тем не менее не превратит его в куплю-продажу. Таким образом, указав на различие предметов договоров, авторы затем свели его к текстуальному несовпадению договоров (соглашений), что совсем не одно и то же.

Если бы дело обстояло так, как пишут М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, то сама проблема с различием договоров оказалась бы надуманной — нужно было бы лишь прочесть соответствующий документ. Получается, что если в договоре обязанность изготовить вещь закреплена, то перед нами подряд, а если нет — купля-продажа.

Таким образом, при купле-продаже изготовление вещи не является предметом договора. Предметом выступает только передача права собственности на вещь после ее изготовления. Продавец изготавливает вещь вне рамок этого относительного правоотношения. «Поставка обязывает только к передаче вещей, а подряд обязывает к выполнению работы».[[24]](#footnote-24)[24] Потому покупатель и не вправе требовать неоконченную вещь при расторжении договора купли-продажи.

Напротив, для подряда conditio sine qua поп становится выполнение работы со сдачей ее результата заказчику (родовое понятие), частным случаем которой будет изготовление вещи. «В сравнении с договором купли-продажи (в подряде) речь идет не о передаче права собственности на вещь, а о ее изготовлении или изменении».[[25]](#footnote-25)[25] Причем необходимость сдачи результата — такое обстоятельство, которое отличает подряд от оказания услуг, поскольку при подряде нужный заказчику результат не потребляется в процессе его достижения.

Различие между куплей-продажей и подрядом, казалось бы, лежит на поверхности, вытекая из общих положений ГК РФ об указанных договорах: первый направлен на передачу права собственности, второй — на выполнение работы с достижением конечного результата. Сложность в другом. Из текста закона, конечно, можно сделать вывод о том, что является предметом каждого из договоров, и таким образом их разграничить. Но это просто лишь в абстрактной модели отношений, содержащейся в общих положениях о продаже и подряде. Когда дело доходит до конкретных моделей — подряда на изготовление вещи и поставки (продажи) будущей вещи, ясность улетучивается. Даже понимая, что в частных случаях должен сохраняться общий принцип, достаточно трудно определить объекты возникающих правоотношений, когда действия, выполняемые сторонами, вроде бы тождественны. Как выявить данные объекты в конкретных случаях, когда заключается договор, по которому должник обязуется передать вещь, которую он должен изготовить?

Отметим вновь, что по российскому праву подрядчик изготавливает вещь, по умолчанию, своим иждивением. Иными словами, если сравнивать отечественный ГК с ГГУ, то у нас все поставлено с ног на голову. В ГГУ критерием различия купли-продажи и подряда служит то, из чьего материала изготавливается вещь, в ГК РФ же предполагается, что если заключен договор подряда, то вещь изготавливается из материала подрядчика. А как понять, что это подряд? Можно ли определить, когда изготовление вещи составляет обязанность должника, а когда — нет? Как разграничивать правоотношения, если они возникают из внешне одинаковых договоров, указанных в самом ГК РФ?

Дело в том, что договоры, которые заключают стороны и при подряде, и при купле-продаже, могут текстуально совпадать, как показано в приведенном ниже примере. Однако и при полном текстуальном совпадении договоров (сделок) правоотношения, возникшие из них, могут быть разными. Полное тождество текстов договоров, порождающих разные правоотношения, — безусловно, аномалия, но возможная. Более того, данное тождество не влияет на действительность сделок. Но надо помнить, что и текст документа договора не всегда адекватно выражает действительную волю сторон. Следовательно, возможны ситуации, когда из текста соглашения не ясно, какое правоотношение оно порождает.

Сложность анализируемого вопроса в том и состоит, что допустима ситуация, при которой стороны в силу недостаточно четкого правового разграничения подряда и купли-продажи не смогут самостоятельно определить, в какое правоотношение они вступают. Иначе говоря, имея перед глазами правовые нормы, которые допускают смешение подряда и продажи, стороны могут не придать значения тем обстоятельствам, которые позволили бы верно квалифицировать те отношения, в которые они вступают. Как им разобраться, заключают они договор подряда или купли-продажи, если в одном случае должник обязуется изготовить вещь и передать ее заказчику, в другом — обязуется передать вещь, которую он изготовит? Нельзя требовать от сторон, чтобы они решили задачу, с которой не смогла справиться доктрина гражданского права.

В итоге вопрос заключается в том, чтобы определить, в какое правоотношение вступают стороны, договорившиеся, что должник изготовит из своего материала и передаст кредитору вещь. А для этого необходимо выявить, что является объектом указанного правоотношения.

Давайте для примера сравним приобретение партии автомобилей «ВАЗ» у завода-изготовителя с заказом эсминца у судостроительного завода. И автомобилей, и эсминца в момент заключения договора еще не существует: их только предстоит изготовить. Это обстоятельство вполне может быть известно заказчику-покупателю. Допустим также, что заказчику эсминца нет дела до того, как именно должник будет строить корабль — он полагается на честность и опытность кораблестроителя. Еще менее процесс сборки интересует покупателя автомобилей. В обоих договорах установлены сроки исполнения. Памятуя о сказанном выше, попробуем определить, тождественны ли такие обязательства и к какому из типов они относятся. Казалось бы, тождество налицо. И все же разница между ними есть.

Вспомним о том, что назначение права состоит в регулировании социальных отношений, в том числе имущественных (экономических). Именно потребность в упорядочении этих отношений рождает правовое регулирование, а не наоборот. Хорошим примером здесь служит создание конструкции общества с ограниченной ответственностью (далее — ООО). «ООО было искусственно смоделировано немецкими юристами в конце XIX в. Путем модификации института "акционерное общество" (далее — АО) была создана правовая конструкция, в которой всеобъемлющее капиталистическое начало было совмещено с большей по сравнению с АО личной заинтересованностью участников в деятельности общества. Данная правовая конструкция была поддержана германскими предпринимателями и получила законодательное закрепление 20 апреля 1892 г.».[[26]](#footnote-26)[26] Однако даже в этом случае юридическая конструкция возникла в ответ на требование практики в связи с акционерным кризисом 70-х годов XIX в. в Германии.[[27]](#footnote-27)[27]

Разница в правовом регулировании подряда и, скажем, доверительного управления вызвана непроизвольно установленными нормами права. Напротив, несовпадение экономического содержания соответствующих институтов породило и различия в их правовом регулировании. Поэтому если между двумя договорами, которые формально подпадают под легальные признаки как подряда, так и купли-продажи, есть качественная разница в их экономическом содержании, перед нами два разных правоотношения.

В нашем примере автомобильный завод выпускает свою продукцию «на рынок», а кораблестроительный — лишь при поступлении заказа. Автозавод штампует машины вне зависимости от наличия заказов, в надежде выйти на рынок и продать их там. При заключении договора на приобретение серийно выпускаемых автомобилей покупатель даже не будет оговаривать обязанность продавца изготовить эти автомобили. Напротив, верфь берется за работу лишь при поступлении заказа.

Предмет договора подряда не может быть изготовлен без заказа. При подряде вещь априори изготавливается под конкретного приобретателя, в том числе из его материалов (что исключено при купле-продаже, где вещь изготавливается «на рынок», т. е. приобретатель еще не известен, стало быть, не может и поставлять материалы). Вещь подрядчиком делается не на рынок, не для торговли, ее приобретатель известен заранее. В таких условиях, кстати, можно говорить и о некоторой индивидуализации предмета подряда — если к его изготовлению должник приступает только при поступлении заказа от определенного заказчика, то и в процессе изготовления вещь может быть отделена от иных, даже однотипных.

Приведенные различия экономического характера соотносятся с установленными различиями юридическими.

Если контрагенту продавца хорошо известно, что тот изготовит вещь и без заказа, то он и не договаривается с продавцом об изготовлении вещи. Договариваться вообще имеет смысл лишь о том, что не будет сделано без такой договоренности. В случае, когда должник обязуется передать право собственности на вещь, которую он еще не создал, но к созданию которой приступил бы при любых обстоятельствах, даже при отсутствии конкретного кредитора, должник не принимает на себя обязанности по изготовлению вещи. Суть установления обязательства для должника — в принятии им на себя обязанности, которой у него ранее не было.

Наоборот, для кредитора важно обязать должника исполнить такое действие, которое должник без договора мог бы и не совершить. Если кредитор полагает, что должник изготовит вещь в любом случае, и должник в свою очередь считает так же, то у них нет никаких оснований согласовывать свою волю. Здесь нет места для противоположно направленных интересов. Ведь любое действие (бездействие) одной стороны обязательства, как правило, предполагает встречное предоставление другой. В указанном случае стороны, заключая договор, имеют в виду обязать должника изготовить вещь, сделать изготовление вещи объектом обязательства. В случае с подрядом положение прямо противоположное. Коль скоро должник не изготавливал и не собирается изготавливать вещь «на рынок», что известно кредитору, надо договориться с ним об этом. Нужно заинтересовать должника, предложив ему встречное предоставление. Следовательно, здесь изготовление вещи как раз становится объектом обязательства. Из того, что в содержание договора включается обязанность подрядчика изготовить вещь, следует, что без договора он не приступил бы к ее изготовлению. Можно говорить также и о том, что в описываемой ситуации вещь изготавливается для заранее известного лица, тогда как при купле-продаже будущий приобретатель вещи неизвестен.

Рассмотрим приведенные ранее и заведомо гротескные примеры с машинами и эсминцами. Допустим, в договор о поставке автомашин включено положение о том, что завод обязуется их изготовить. Будет ли такой договор подрядом? Здравый смысл вроде бы подсказывает, что нет. А почему? Рискну предположить, что этот пункт фактически не является частью сделки, так какие влечет изменений в правовой сфере продавца — он как делал машины, так их и делает.

Напротив, невключение положения об обязанности судостроительного завода построить эсминец в текст соглашения не будет означать заключения договора купли-продажи. Именно потому, что в правовой сфере завода происходят изменения, он должен приступить к изготовлению корабля, а не только передать его заказчику. При прежнем течении обстоятельств, без контракта, завод не приступил бы к строительству. Если при заключении договора в правовой сфере должника происходят изменения — он приступает к изготовлению вещи, то это подряд. Если же с заключением договора изменений не происходит, изготовление вещей продолжается своим чередом, как и до заключения договора, перед нами — купля-продажа.

Необходимо отметить одно обстоятельство. При анализе содержания соглашения сторон следует исходить из того, что стороны знали о том, какую обязанность возлагают на своего контрагента при заключении договора, т. е. кредитору известно о том, в связи с чем должник изготовит вещь. По-видимому, именно такая ситуация нормальна, на нее и рассчитано правовое регулирование. Кроме того, проводится не анализ какого-то конкретного правоотношения, а формулирование абстрактного правила, с помощью которого можно было бы определить объект правоотношения. Стороны, вступая в соглашение, знают, в связи с чем должник изготовит вещь, однако не придают значения этому обстоятельству, так как не знают, что это может служить целям определения типа правоотношения. Поэтому при решении вопроса о разграничении договоров подряда и купли-продажи стоит иметь в виду, что стороны, заключая сделку, могли не обратить внимание на обстоятельство, полагаемое нами за решающее, — вопрос о том, приступил бы должник к изготовлению вещи без заказа или нет. Отсюда и схожесть до степени смешения заключаемых при подряде и купле-продаже договоров.

От ответа на поставленный вопрос зависит, что будет предметом заключаемого договора. Решив вопрос о предмете — выполнение работы или передача права собственности, — можно уже разграничить и сами договоры. Стороны, повторимся, могли не акцентировать внимание на данных проблемах. И виновны в этом не они, а, пожалуй, законодатель.

При подряде стороны, заключая договор, фактически достигают соглашения о том, например, что должник приступит к изготовлению вещи только в связи с поступившим заказом. В текст самого договора как документа такое соглашение может и не попасть, поскольку ни закон, ни практика этого не требуют, т. е. внешне, для третьих лиц, договоры как подряда, так и купли-продажи могут выглядеть одинаково. Но при последующем толковании договора указанное обстоятельство может быть установлено. Наверняка поступит возражение — а что, если одна из сторон скажет неправду? Полагаю, этот вопрос выходит за рамки темы.

Итак, чтобы на практике разграничить подряд и куплю-продажу, надо сначала установить, что именно является предметом договора. Для этих целей предлагается критерий не юридический, а скорее экономический, с помощью которого уже определяется юридический признак, служащий целям квалификации.

Если должник приступает к изготовлению вещи только при заключении сделки (признак фактический, экономический), значит, изготовление вещи является предметом договора (юридический признак), следовательно, перед нами подряд. Если должник изготовит вещь и не в связи со сделкой, то изготовление вещи объектом правоотношения не является, следовательно, имеет место купля-продажа. Можно говорить также и о том, что в описываемой ситуации вещь изготавливается для заранее известного лица, тогда как при купле-продаже будущий приобретатель вещи неизвестен.

Близко к такой позиции подходит и В. В. Ровный. Он пишет, что договор можно квалифицировать, исходя из того, знал приобретатель вещи о ее изготовлении продавцом или нет. «Так, в спорных случаях знание приобретателя о том, что продавец будущей вещи является ее изготовителем, могло бы быть решающим при обращении к правилам гл. 37 ГК, тогда как незнание этого факта — к правилам гл. 30 ГК».[[28]](#footnote-28)[28]Однако, с нашей точки зрения, сам по себе факт создания вещи должником существенного значения не имеет; имеет значение то, изготовил бы должник вещь без поступления заказа или нет.

Таким образом, общий вывод может быть следующим: отличие подряда от купли-продажи заключается в предмете договора, которым в случае с куплей-продажей становится передача вещи, а в случае с подрядом — выполнение работы по изготовлению вещи. При практическом использовании этого в общем-то достаточно очевидного критерия могут возникнуть сложности с определением предмета конкретных соглашений, как показано на примере с машинами и эсминцем. Подобные сложности можно устранить, решив, приступил бы должник к изготовлению вещи без заключенного договора или нет. Это обстоятельство является проекцией правовой стороны отношения на фактическую (экономическую), так как начало изготовления вещи должником лишь в связи с поступившим заказом означает, что он в силу юридического факта — заказа (договора) — приобретает обязанность по изготовлению вещи.

Предваряя возможную критику «субъективности» такого подхода, когда при толковании договора придется выяснять, каковы были намерения должника, хотелось бы отметить следующее. Во-первых, следует исходить из того, что стороны не будут скрывать истинного положения вещей. Во-вторых, установление необходимых обстоятельств хоть и сложно, но возможно. В-третьих, иного критерия различия договоров de lege lata, на наш взгляд, сегодня нет, а потому лучше иметь сложный в употреблении критерий, нежели не иметь никакого. Наконец, предлагаемый нами критерий может быть рекомендован будущим контрагентам при заключении договоров. Пользуясь им, стороны со знанием дела подойдут к разрешению вопроса, каким договором оформить свои отношения.

Еще одним вопросом, пожалуй, даже более важным, чем просто разграничение договоров подряда и купли-продажи, но вытекающим из него, является вопрос о праве собственности на материальный объект договора подряда до момента его сдачи заказчику. М. И. Брагинский, член рабочей группы по подготовке проекта нового ГК, так формулирует проблему: «...вопрос, который в Гражданском кодексе не решен, и надо будет, наверно, всем подумать, как его решить. Очевидно, нужно накопить еще в будущем определенную практику, оценить возможные точки зрения. Речь идет о том, кто является собственником результата работ до его сдачи?».[[29]](#footnote-29)[29] Вопрос о том, кто выступает собственником изготовленной вещи, важен для понимания разницы между куплей-продажей и подрядом. В этом вопросе единства подходов также нет. Существующие точки зрения можно объединить в три группы. Согласно первой точке зрения правом собственности на предмет подряда до его сдачи заказчику обладает подрядчик, согласно второй — заказчик. Третья позиция наделяет заказчика правом собственности на предмет подряда до его передачи лишь в том случае, если речь идет о недвижимом имуществе.

ГК РФ прямо не определяет правовой режим предмета подряда. Практика же чаще идет по пути признания права собственности подрядчика на изготовленную им по договору вещь до ее передачи заказчику. В обоснование этой позиции приводится ст. 218 ГК, согласно которой право собственности на новую вещь, изготовленную или созданную лицом для себя с соблюдением закона и иных правовых актов, приобретает это лицо. При анализе данной нормы часто упускают слова «для себя». В прежнем законодательстве таких слов не было, и их появление не должно остаться незамеченным. Оборот «для себя» вставлен не случайно, хотя на него и обращают мало внимания при анализе норм о приобретении права собственности. Его значимость подчеркивается и тем, что он используется в двух статьях ГК — 218-й и 220-й. Подрядчик априори изготавливает вещь не «для себя», а для известного ему контрагента. Таким образом, ст. 218 говорит как раз о том, что подрядчик не становится собственником изготовленной им вещи, причем данная норма императивна. Этой точки зрения придерживается и Е. А. Суханов: «...речь (в ст. 218 ГК РФ)... идет о создании... вещи "для себя" (абз. 1 п. 1 ст. 218 ГК), ибо, если она создается по договору для другого лица (например, по договору подряда), оно и становится собственником в силу договорных условий».[[30]](#footnote-30)[30] Аналогичное мнение высказано также, например, К. И. Скловским: «...вещь, которая изготавливается для другого, с самого начала не принадлежит изготовителю. Такая ситуация возникает, например, в рамках договора подряда».[[31]](#footnote-31)[31]

Согласно ст. 1 ГК граждане и юридические лица приобретают гражданские права своей волей и в своем интересе. Оборот «своей волей и в своем интересе» корреспондирует ст. 218 ГК, из которой следует, что право на вновь созданную вещь приобретает лицо, изготовившее ее «для себя». Оборот «для себя» явно не случаен и означает именно изготовление вещи в своем интересе.

Чем отличается создание вещи «для себя» от изготовления ее подрядчиком? Для последнего создание вещи является исполнением по сделке, его обязанностью. Подрядчик не имеет интереса в приобретении права собственности на изготавливаемую вещь, такой интерес есть только у заказчика. Интерес должника в обязательстве направлен на получение встречного

предоставления в обмен на исполнение своей обязанности. Должник ясно выразил отсутствие своей воли и своего интереса в приобретении права собственности на изготавливаемую вещь, потому вопреки им не может стать собственником. Напротив, воля и интерес кредитора направлены именно на создание новой вещи и приобретение права на нее. Для достижения своей цели, т. е. реализации своей воли и интереса, кредитор просто нанимает чужой труд. Римляне и называли договор подряда «наймом работы» — locatio-conductio opens. Отметим, что для частного права общим правилом является ситуация, когда действия лица, совершенные во исполнение чужой воли, признаются действиями того субъекта, по чьему заданию действовал исполнитель. Подрядчик изготавливает вещь не для себя и не становится собственником произведенной продукции — именно потому, что производит не для себя.

Создать вещь для «другого лица» значит изготовить ее для противоположной стороны относительного правоотношения. Это и имеет место в случае с подрядчиком, для которого производство вещи есть исполнение по сделке. Однако вещь не может создаваться для такого адресата, как «неопределенное лицо», что, казалось бы, происходит в случае изготовления вещи «на рынок» продавцом. Неопределенное лицо не может быть стороной относительного правоотношения. Не может быть оно управомоченным лицом и в абсолютном правоотношении по поводу изготовленной продавцом вещи, потому что никаких прав на вещь у него не возникает. Единственно возможная роль «неизвестного лица» — обязанное лицо в абсолютном правоотношении.

Какой бы точки зрения ни придерживаться по вопросу о том, кто выступает собственником предмета подряда до его передачи заказчику, бесспорно одно — право такого собственника носит первоначальный характер. Способ приобретения этого права — изготовление новой вещи. «Основанием приобретения здесь является односторонний приобретательный акт втом или ином соединении с юридическими событиями... Правоотношение возникает в результате односторонней юридической сделки».[[32]](#footnote-32)[32]

Будет ли изготовление вещи должником в правоотношении из договора подряда односторонним приобретательный актом, той самой сделкой, в результате которой у него возникнет право собственности? Сделками, как известно, признаются действия лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Действия подрядчика по изготовлению вещи образуют исполнение по сделке. Даже если считать исполнение самостоятельной сделкой,[[33]](#footnote-33)[33] ее цель заключается в прекращении обязанности должника (обязательства), а никак не в приобретении права собственности.

Напротив, продавец, изготавливая вещь «на рынок», совершает именно «односторонний приобретательный акт», так как ни с кем в обязательственных отношениях по поводу создания вещи не состоит, а целью его действий является изготовление вещи для последующей продажи. Чтобы продать вещь, продавцу, как правило, необходимо обладать правом собственности на нее.

Вернемся к высказанным М. М. Агарковым замечаниям относительно достижения того же экономического эффекта путем приобретения вещи у третьего лица, а не ее изготовления. Следует отметить, что в случае изготовления вещи в рамках подряда кредитор приобретает первоначальное право собственности. Когда же вещь приобретена у третьего лица, то право кредитора будет производным, т. е. он несет риск наличия обременении этого права. Ясно, что наличие обременении может серьезно ущемить интересы кредитора. Поэтому первоначальный или производный характер права собственности имеет существенное значение.

Если проанализировать статьи ГК, посвященные подряду, можно прийти к выводу о том, что подрядчик не становится собственником предмета договора подряда. Так, ст. 712 устанавливает право подрядчика на удержание подлежащего передаче заказчику результата работ. Однако удерживать можно лишь чужую вещь, а не свою собственную. Требования детен-тора удовлетворяются из стоимости удерживаемой вещи, но невозможно удовлетворить свои требования из стоимости своей же вещи. Не передавать кредитору собственную вещь можно в порядке, предусмотренном ст. 328 ГК.

Далее обратимся к ст. 729 ГК: в случае прекращения договора подряда до приемки заказчиком результата работы заказчик вправе требовать передачи ему результата незавершенной работы с компенсацией подрядчику произведенных затрат. Здесь нет и не может быть аналогии со ст. 398 ГК, так как нет ответственности за неисполнение обязательства (по крайней мере, может не быть). Значит, ст. 398 не работает, а ст. 729 приобретает самостоятельный характер. Объяснить же ее можно лишь с позиции признания права собственности заказчика даже на не сданный ему результат работ.

Далее, п. 6 ст. 720 гласит: при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе продать результат работ, а вырученную сумму, за вычетом причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит. Если подрядчик обладает правом собственности на результат работ, то, во-первых, почему ему требуется разрешение закона на продажу собственной вещи, а во-вторых, зачем деньги от продажи собственной вещи он должен перечислять заказчику? Даже если заказчик передал подрядчику материалы для изготовления веши, готовая вещь по стоимости в большинстве случаев значительно превосходит стоимость материалов, из которых она изготовлена.

Статья 705 о распределении рисков между сторонами говорит о том, что риск случайной гибели результата работ до его приемки заказчиком несет подрядчик. Норма ничего не доказывает и ничего не опровергает. Риск случайной гибели вещи законом может быть возложен и налицо, не являющееся ее собственником. Однако само наличие подобного указания в законе наводит на мысль о том, что подрядчик не является собственником результата работ. Иначе на него распространялась бы общая норма ст. 211 ГК о том, что риск случайной гибели вещи несет ее собственник, если иное не предусмотрено законом или договором. В ст. 705 законом как раз предусмотрено иное.

Допустив возможность существования права собственности подрядчика на результат работ, мы можем смоделировать несколько абсурдных ситуаций.

В таком случае заказчик — приобретатель производного права собственности на вещь, которая ранее находилась на праве собственности у другого лица. Соответственно продавец не может передать больше прав, чем имеет сам. Рассмотрим тот же пример с эсминцем. Право собственности на него первоначально должно возникнуть у верфи. Достаточно очевидна нелепость такого вывода, так как верфь не может быть субъектом права собственности на боевой корабль. Но если так, то верфь не может и передать право, которого она не имеет. Стало быть, передача права собственности не входит в содержание правоотношения подряда. Гораздо логичнее выглядит ситуация, когда заказчик — государство — является и первоначальным собственником корабля. Другой пример — строительство частной фирмой атомной электростанции. Иными словами, при договоре подряда надлежащим субъектом для приобретения права собственности на изготавливаемую вещь должен быть заказчик, а не подрядчик.

Напротив, если вещь изготавливается не в связи с чьим-либо заказом, вне обязательства, она создается в рамках «одностороннего приобретательного акта»,[[34]](#footnote-34)[34]в рамках абсолютного правоотношения. Вещь производится не для определенного лица, а значит, изготовитель может быть лишь управомоченным, а не обязанным лицом, т. е. только он и может приобрести первоначальное право на вещь.

ГГУ, похоже, стоит на позиции, согласно которой если уж стороны состоят в подрядном правоотношении, то правом собственности на предмет подряда располагает заказчик. Так, § 647 ГГУ «Залоговое право подрядчика» устанавливает, что «для обеспечения требований по договору подрядчику предоставляется залоговое право на изготовленные или отремонтированные им движимые вещи заказчика, если при изготовлении или ремонте они находятся в его владении». Согласно п. 2 § 648 «Обеспечительная ипотека при выполнении строительных работ», содержание которого близко нашему примеру с эсминцем, владелец судовой верфи может потребовать в обеспечение своих требований, вытекающих из работ по строительству или ремонту судна, установления ипотеки на строящееся судно».

Таким образом, отличие купли-продажи от подряда в случаях, когда должник обязуется передать кредитору вещь, которую ему предстоит изготовить из своего материала, состоит в предмете договора. В случае купли-продажи вещи, которую должник только собирается изготовить, изготовление не составляет предмета договора купли-продажи, а осуществляется вне его рамок. В случае же с подрядом на изготовление вещи предметом договора не является передача права собственности, так как это право принадлежит заказчику. На практике правоотношения можно различить, выяснив, приступил бы должник к изготовлению вещи без заключенного договора или нет.

ПОЗИЦИЯ Г. С. ВАСИЛЬЕВА

Предваряя изложение своей позиции, хотелось бы разобрать еще два высказанных в литературе взгляда по данному вопросу. Речь идет о взгляде В. В. Ровного и А. О. Рыбалова. Взгляды последнего изложены выше, однако ранее они уже высказывались автором, что и дает возможность проанализировать их.

Один из предложенных В. В. Ровным способов решения проблемы уже был подвергнут критике в первой части статьи. Вместе с тем нельзя не отметить, что его позиция окончательно не сформировалась. В своей книге, вышедшей спустя полтора года после опубликования указанной выше статьи, автор излагает свои взгляды иначе. Различие следует искать в существе указанных договоров. Если подряд опосредует процесс возмездного создания и передачи имущественных благ, то продажа — процесс их перемещения на возмездных началах. «Именно поэтому подрядчик всегда действует по заданию заказчика, выполняя для него определенную работу — индивидуальный заказ (п. 1 ст. 702 ГК)... Заказчик же, в свою очередь, определяет требования к результату работы и имеет право во всякое время проверять ход и качество выполняемой подрядчиком работы (см. п. 1 ст. 715 ГК). Это как раз и отличает договор подряда от договора купли-продажи, в котором даже при отсутствии вещи на момент заключения договора ход выполнения работы всякий раз остается за рамками договора, а сам результат, в отличие от подрядного результата, может не иметь и нередко не имеет должной индивидуализации вплоть до момента его передачи... В осложненных случаях при необходимости выбора между гл. 30 и 37 ГК принципиальным может стать выяснение того, знал или нет приобретатель будущей вещи, что ее создателем был отчуждатель».[[35]](#footnote-35)[35]

Последним предложением автор лишил свою позицию последовательности. Ведь знание о чем-либо — субъективный критерий, деление в соответствии с ним вряд ли будет совпадать с делением, основанным на существе договоров. Кроме того, не совсем понятно, как можно применить его на практике: будет ли кредитор, знавший об изготовлении вещи должником, заказчиком или продавцом? В какой момент он должен узнать об изготовителе вещи? Как избежать злоупотреблений, связанных со сложностями доказывания таких «знаний»?

Сложно применить и объективный критерий, упомянутый В. В. Ровным. Совершенно не ясно, исходя из каких соображений можно квалифицировать конкретный текст соглашения как «индивидуальный заказ». Что означают слова о том, что «ход выполнения работ остается за рамками договора»? За рамками текста соглашения? Но в этом случае автор следует позиции М. И. Брагинского. Или смысл состоит в том, что соответствующие права и обязанности не входят в содержание обязательства? Но в этом случае возникает вопрос, как правильно определить его природу (которая укажет на права и обязанности сторон): мы должны опереться на текст соглашения или взять норму из закона? В последнем случае нам необходимо знать, что перед нами: подряд или продажа. Получается замкнутый круг.

Экономический смысл различия подряда и продажи все авторы понимают одинаково. М. В. Кротов пишет, что «подряд охватывает отношения не только товарного обращения, но и производства материальных благ».[[36]](#footnote-36)[36] А. О. Рыбалов полагает, что «объектом правоотношения (под которым автор понимает действия обязанного лица. — В. Г.), возникающего из договора купли-продажи, является только передача права собственности, а подряда — изготовление вещи».[[37]](#footnote-37)[37]Как мы видели, аналогичные взгляды высказали В. В. Ровный, М. И. Брагинский, Ю. В. Романец.

Хотя эти соображения верны, они недостаточны. Вскрывая экономическую сущность отношений сторон, они не дают внешнего признака, который позволил бы в случае сомнения сразу и безошибочно определить природу возникших обязательств.

Сам А. О. Рыбалов видит решение проблемы в следующем. При продаже должник производит вещи серийно, для продажи на рынке, а потому сделал бы необходимую кредитору вещь даже в отсутствие данной сделки. А «предмет договора подряда не может быть изготовлен без заказа. Здесь вещь априори изготавливается под конкретного приобретателя».[[38]](#footnote-38)[38] Суждения автора выглядят новыми, однако и с ними нельзя согласиться.

Со времен кризисов перепроизводства в XIX в. большинство производителей в объеме продукции, ее ассортименте ориентируются на покупателей. Завод выпускает столько товаров, сколько востребовано рынком, а эта востребованость чаще всего выражается в заключенных договорах. Поэтому нередко вся производимая продукция уже «расписана» между покупателями, и целью ее изготовления будет, по мысли автора, передача вещи конкретному покупателю (одному или другому). В большинстве случаев неопределенного рынка уже нет — есть конкретные договоры. Так, завод может выпускать автомобили для конкретного покупателя, от остальной продукции их будет отличать, например, окраска. Получается, что все эти отношения должны быть подрядными, с чем вряд ли можно согласиться.

Кроме того, предложенное автором различие, по сути, повторяет уже рассмотренный «экономический» критерий: поскольку вещь изготавливается для конкретного заказчика, а не на «рынок», можно говорить об «индивидуальном заказе». А при продаже заказа нет, есть серийно выпускаемая продукция, призванная удовлетворить массовый спрос на однотипные товары.

Пытаясь иными словами выразить свою мысль, А. О. Рыбалов предлагает еще несколько возможных вариантов разграничения конкретных обязательств. Так, он пишет: «Для кредитора важно обязать должника исполнить такое действие, которое должник без договора мог бы и не совершить. Если кредитор полагает, что должник изготовит вещь в любом случае и должник, в свою очередь, считает так же, то у них нет никаких оснований согласовывать свою волю... В случае с подрядом положение прямо противоположное. Коль скоро должник не изготавливал и не собирается изготавливать вещь "на рынок", что известно кредитору, надо договориться с ним об этом... Следовательно, здесь изготовление вещи как раз становится предметом обязательства». Наконец, вывод автора таков: «Если при заключении договора в экономической сфере должника происходят изменения, он приступает к изготовлению вещи, то это подряд. Если же с заключением договора изменений не происходит, изготовление вещей продолжается своим чередом, как и до заключения договора, перед нами — купля-продажа».[[39]](#footnote-39)[39]

Перед нами явно иной подход, который носит во многом субъективный характер. В самом деле, как узнать, приступил бы должник к изготовлению вещи или нет? Ведь она уже изготавливается, получается, что мы должны строить предположения, опираясь на некие не вполне ясные критерии, обсуждать, возможно, поведение должника, предмет и характер его деятельности, носит ли она регулярный характер, его планы на будущее в момент заключения договора и т. п. Это обсуждение является во многом гаданием, решение вопроса зависит от усмотрения сторон и суда. Поэтому предложенный критерий носит субъективный характер.

Автор полагает, что мы должны «исходить из того, что они (стороны. — В. Г.) знают, какие обязанности возлагаются на контрагентов при заключении договора, т. е. кредитору известно, в связи с чем должник изготавливает вещь».[[40]](#footnote-40)[40] Что это — презумпция или фикция? Если первое, то есть ли хоть какое-то обоснование ее введения (например, сложившаяся судебная практика, социологические исследования и т. п.)? Если второе, то нужно ли запутывать и без того непростой вопрос мнимыми истинами? Абсолютно не ясно, в чем вообще заключается проблема, если стороны сами знают, какие обязанности принимают на себя. Кажется, что таким «предположительным знанием» нельзя обосновать предлагаемое решение вопроса.

Как определить, произошли ли в «экономической сфере» должника какие-либо изменения? Здесь можно понимать автора по-разному.

Можно считать, что экономические изменения связаны с появлением новых прав и обязанностей: если у должника появилась обязанность изготовить вещь, то это подряд, если такой обязанности не возникло — то продажа. Такое предположение допустимо потому, что произошедшие в экономической сфере изменения автор считает показателем того, что изготовление вещи стало объектом правоотношения.[[41]](#footnote-41)[41] Однако и здесь неясно, как установить, существует ли у должника такая обязанность. Автор считает, что условия договора в данном случае нам помочь не могут, ибо «возможна ситуация, когда содержание правоотношения не совпадает с содержанием текста договора».[[42]](#footnote-42)[42] А откуда еще мы можем узнать о наличии у должника обсуждаемой обязанности? Ответа нет. Отказ опираться в решении этого вопроса на условия сделки будет приводить к тому, что стороны часто не будут представлять себе, заключают ли они договор подряда или продажи.[[43]](#footnote-43)[43]

Другое истолкование позиции А. О. Рыбалова приведет нас к тому, что «изменения в экономической сфере» означают изменения в фактически производимых действиях. Если до заключения договора должник сидел, сложа руки, а затем начал работать — перед нами подряд. Если рабочий график не изменился — мы говорим о продаже. В данном случае спорность предложенного критерия можно проиллюстрировать на примере с серийно выпускаемыми автомобилями, который привел сам автор. Он полагает, что поскольку завод как делал машины до заключения договора, так и делает их после совершения сделки, отношения с кредитором будут продажей. А если мы предположим, что изготовитель испытывает серьезные трудности со сбытом своей продукции (примером может быть ОАО «Москвич») и фактически простаивает? Внезапно появляется крупный покупатель — правительство какой-нибудь страны попросило поставить им в течение года 2 тыс. машин. Завод начинает работать. Очевидно, что завод не приступил бы к изготовлению машин без заказа. Получается, что мы должны считать этот договор подрядом и, следуя логике автора, признать за заказчиком право контролировать процесс их сборки и т. п.

Аналогичная ситуация возникает в случае, если вследствие крупного заказа объем выпускаемой поставщиком продукции резко увеличивается. Нередко связь с конкретным договором в таких случаях видна сразу. Возникает вопрос: подряд ли это (поскольку должник не стал бы выпускать дополнительную продукцию без заказа, она предназначена конкретному кредитору) или поставка (потому, что поставщик и раньше выпускал такие же изделия, но в меньшем количестве).

А если какой-нибудь завод переоборудует производство с тем, чтобы поставить нужную для покупателя продукцию? Это условие сторонами не согласовывалось, кредитор даже и не знал о том, что должнику нужно реконструировать производство. Однако без данного покупателя завод выпускал бы продукцию по старинке. Договор сразу стал подрядом?

Следует помнить и о том, что почти каждый крупный покупатель на практике требует каких-то особых условий, под которые должен подстраиваться продавец. Подход А. О. Рыбалова приведет к тому, что все крупные заказы должны будут обсуждаться по правилам о подряде, ибо в отношениях с мелкими клиентами должник не стал бы утруждать себя выполнением таких условий.

Все эти соображения позволяют усомниться в том, что предложенный критерий работает на практике.

Позиции иных авторов изложены не столь подробно, создается впечатление, что указание на экономическое различие типов соглашений они считают достаточным для определения природы конкретной сделки. Тот же А. О. Рыбалов, правильно указав, что искомый признак должен помогать нам в каждом отдельном случае, затем отказался от своих слов: «Проводится не анализ какого-то конкретного правоотношения, а формулирование абстрактного правила, с помощью которого можно было бы определить объект правового отношения».[[44]](#footnote-44)[44]

Между тем любой должен понимать, в какой договор он вступает. Поэтому искомый договор должен отражать экономическую сущность отношений сторон, однако иметь формальный, внешний характер. Еще раз напомним, что с экономической точки зрения различие между двумя договорными типами сводится к тому, что при подряде должник исполняет индивидуальный заказ кредитора, вследствие чего для последнего важен не только переданный ему результат работ, но и процесс его создания. Этого нет при продаже, где процесс труда не имеет значения для кредитора.

Индивидуализация предмета договора. Для решения проблемы необходимо представить себе ход исполнения данных договоров. В момент их заключения новой вещи еще нет, стороны лишь более или менее подробно представляют себе ее характеристики. То, что не существует, не может быть определено индивидуально. Иными словами, предмет договора-сделки в момент ее совершения в обоих случаях определен лишь родовыми признаками.[[45]](#footnote-45)[45] Следовательно, так же определяется и предмет обязательства в момент его возникновения. В то же время и подрядчик, и продавец передают кредитору индивидуально-определенную вещь. Когда же происходит ее индивидуализация?

В. В. Ровный связывает ее с передачей результата работ.[[46]](#footnote-46)[46] Но, как правильно отмечает М. И. Брагинский, в этом случае совершенно немыслим контроль заказчика за созданием вещи, и вследствие этого подряд перестает быть договором о выполнении работ.[[47]](#footnote-47)[47] Кредитор вправе следить не за деятельностью подрядчика вообще, а лишь за изготовлением своей вещи. Поэтому ему необходимо выделить предмет из ряда подобных еще в процессе его создания.

Индивидуализация вещи путем вручения (единственно возможным здесь способом передачи) превращает отношения сторон в куплю-продажу. Одна сторона обязуется уплатить деньги, а другая — передать вещь в собственность. Заказчик лишен возможности узнать, изготовил подрядчик вещь сам или приобрел ее у третьего лица. Поскольку он этим не интересуется, процесс создания теряет существенное значение для сторон, и отношения не могут считаться подрядом. Поэтому можно утверждать, что при продаже вещи, которая подлежит изготовлению (или приобретению) продавцом, ее индивидуализация происходит при передаче. Следовательно, до передачи предмет договора всегда определен родовыми признаками.

Отношения индивидуального заказа, надзор за ходом работ возможны только там, где создаваемая вещь индивидуализирована до окончания работ.

Сам М. И. Брагинский приурочил ее к заключению договора.[[48]](#footnote-48)[48] Однако при достижении согласия по существенным условиям подряда его предмет, как мы уже отметили, не существует.[[49]](#footnote-49)[49] Иногда можно определить место, где он будет создаваться (предполагая, что оно не изменится). Например, указав на земельный участок для строительства, можно индивидуализировать будущий дом. Корабль можно выделить выбором стапелей, на которых он будет сооружен. Но даже в этом случае вещь по-прежнему обозначена родовыми признаками. Лишь первые действия по преобразованию материалов порождают тот объект, к которому вообще можно применить термин «результат работ». Такая вещь с самого начала будет индивидуальной, однако нужная конкретизация достигается, повторяем, не при заключении договора, а лишь фактом начала работ на определенном месте. В недооценке этого обстоятельства и заключается ошибка М. И. Брагинского.

Связать будущую вещь с чем-то неизменным, что ее однозначно определяет, можно нечасто. Как правило, при согласовании условий сделки стороны намечают лишь важнейшие черты предмета подряда. Его конкретизация происходит после начала создания, но ранее окончания работ. Лишь в этом случае заказчик сохраняет техническую возможность следить за ходом создания предназначенной ему вещи.

В зависимости от тех предметов, которые подлежат изготовлению, может показаться удобным связать индивидуализацию с разными обстоятельствами. Если речь идет о костюме, то им может быть первая примерка, при создании барной стойки — изготовление ее корпуса и т. п.

Что меняется в отношениях сторон с индивидуализацией предмета? Она дает техническую возможность следить за ходом дальнейших работ по ее преобразованию. Лишь теперь у заказчика появилась возможность реализовать свое право контроля. Поэтому договор подряда действительно устанавливает некоторые правила, связанные с производством работ. Однако неточно называть это «регламентацией», называя это искомым критерием.[[50]](#footnote-50)[50] Оно носит производный характер и зависит от того, была ли ранее произведена индивидуализация предмета договора.

Кроме того, ранее результат работ был вещью заменимой: подрядчик всегда имел фактическую возможность уничтожить плоды своего труда и начать производство заново. Закон был бессилен помешать ему в этом. После индивидуализации предмет подряда незаменим, теперь повторно приступить к работе можно только с согласия заказчика.

Индивидуализация предмета в ходе производства работ создает предпосылку для применения и иных норм о подряде, которые невозможно использовать до этого момента. Примером может служить правило об экономии подрядчика (ст. 710 ГК). Если вещь конкретизируется лишь в момент ее передачи, кредитор может проверить количество израсходованных на изготовление материалов только с позиций качества вещи (ст. 475 ГК). Поскольку многие материалы исчезают при переработке, нет никакой технической возможности соотнести качество переданного имущества со сметой, содержащей перечень необходимых для работ материалов. Совсем иначе обстоит дело, если предмет договора индивидуализирован в ходе работ. В этом случае заказчик может проследить, какие именно материалы были израсходованы на создание его вещи, в каком количестве и т. п.

В тех ситуациях, когда из существа отношений вытекает невозможность индивидуализации предмета до его передачи, нет места подряду. Даже если стороны зафиксируют в договоре право кредитора контролировать ход работ, можно говорить лишь о любезности продавца, но не об обязанности подрядчика. Если индивидуализация не предусмотрена соглашением сторон, хотя и возможна технически, сделка также является продажей. Лишь там, где индивидуализация и возможна, и должна быть произведена, мы имеем дело с подрядом.

Если данное условие не очевидно (а в случае спора не доказано), следует предполагать, что оно отсутствует. В этом случае договор будет продажей.

К данному выводу приводят следующие соображения. Поскольку обязательства возникают из соглашений их участников (для целей настоящей статьи нам достаточно основного основания возникновения обязательств), обязанность не возникает без согласия должника принять ее на себя.[[51]](#footnote-51)[51] Именно по этой причине обязательство не создает обязанностей для третьих лиц (п. 3 ст. 308 ГК). Следовательно, в случае сомнения предполагается несогласие обязаться, а не наоборот. В обоих договорах должнику следует передать изготовленную вещь, но в договоре подряда он принимает на себя еще и обязанность ее изготовить, мириться с контролем заказчика за ходом работ и т. п. Следовательно, подрядчик обязан к большему, чем поставщик. Значит, при сомнении договор следует считать продажей (поставкой).

Таким образом, договор, в соответствии с которым должник обязуется передать кредитору новую вещь, следует считать продажей. Лишь если из текста соглашения и существа отношений однозначно явствует техническая возможность индивидуализировать предмет договора в ходе его изготовления и обязанность сторон сделать это, сделка будет подрядом.

Право собственности на новую вещь. Обратимся к иной проблеме, которая также носит дискуссионный характер. Речь идет о праве собственности на новую вещь, изготовленную подрядчиком. Закон и здесь не дает ясного решения, что не могло не вызвать полемику в литературе. Ключом к проблеме является только что найденный критерий различия подряда и продажи.

Законодательный материал здесь представлен следующими правилами. Во-первых, согласно п. 2 ст. 703 ГК при создании новой вещи подрядчик передает права на нее заказчику. Во-вторых, в соответствии с п. 1 ст. 704 ГК работа выполняется, по общему правилу, иждивением подрядчика, в том числе из его материалов.

На первый взгляд, эти нормы говорят о собственности заказчика на предмет подряда до его передачи. В самом деле, если подрядчик передает заказчику права на результат работ, вроде бы он должен являться собственником последнего. Сразу вспоминается ст. 223 ГК и хочется сделать вывод о том, что право собственности переходит к заказчику в момент передачи вещи. Следовательно, оно должно носить производный характер.

Такая позиция нашла поддержку у многих ведущих ученых страны. В частности, М. В. Кротов без тени сомнения указывает, что до принятия заказчиком результата работ он принадлежит подрядчику.[[52]](#footnote-52)[52] В. В. Ровный высказывает такое же мнение, однако обосновывает его почему-то ссылкой на Германское гражданское уложение. Странность ссылки усиливается тем, что в приведенной им норме § 651 (1) предлагается применять к соответствующим отношениям нормы о продаже.[[53]](#footnote-53)[53] М. И. Брагинский, опираясь на норму ст. 703 ГК, говорит, что право собственности подрядчика до передачи результата работ вытекает из самой сути данного договора.[[54]](#footnote-54)[54]

Однако несложно найти и нормы, говорящие об ином.

Во-первых, подрядчик имеет право удерживать результат работ в случае, если заказчик его не оплачивает (ст. 712 ГК). Неосновательно возражение В. В. Ровного, полагающего возможным удержание своей вещи.[[55]](#footnote-55)[55] Как верно отметил А. О. Рыбалов, возможность не отдавать собственное имущество имеется у кредитора в силу ст. 328 ГК (встречное исполнение обязательства), поэтому использование норм об удержании приводит к дублированию законодательных норм. Тем самым оспариваемое толкование противоречит известному правилу о том, что в ходе интерпретации закона ни одно слово не должно оказаться лишним.[[56]](#footnote-56)[56] Более того, для удержания своей вещи здесь вообще не нужно особых правил. Ведь если подрядчик — собственник (как считает В. В. Ровный), у него имеется вещное право, которое, как хорошо известно, сильнее обязательственного права заказчика. Истребовать свой заказ на основании ст. 398 ГК заказчик не может, ведь ученый связывает индивидуализацию предмета подряда с его передачей,[[57]](#footnote-57)[57] до совершения которой данная норма не применяется. Значит, при неисполнении обязанности передать вещь, у заказчика нет вещных способов защиты, для противодействия которым и необходимы нормы об удержании. Все это заставляет признать правоту С. В. Сарбаша, который полагает возможным удержание лишь чужой вещи.[[58]](#footnote-58)[58] Во-вторых, ст. 729 ГК предоставляет заказчику право требовать передачи ему незавершенного результата работ при досрочном расторжении договора с компенсацией подрядчику произведенных затрат. С одной стороны, данная норма говорит об индивидуализации предмета подряда еще до окончания его изготовления. В противном случае его истребование было бы невозможно,[[59]](#footnote-59)[59] а заказчик получал бы только иск об убытках. Кроме того, чтобы компенсация затрат подрядчика была технически возможна, он должен обосновать их размер, а заказчик — иметь возможность их проверить. Без индивидуализации эти действия не произвести.

Индивидуализация делает в принципе возможным признание права собственности за заказчиком. Нельзя возражать, что при таком подходе ст. 729 ГК дублирует общие положения о защите права собственности, ведь виндикационныи иск можно предъявить только при отсутствии договорных отношений. Поскольку подряд не предполагает передачу неоконченного результата работ, для защиты заказчика нужны специальные правила.

В-третьих, п. 6 ст. 720 ГК дает подрядчику право при уклонении заказчика от принятия результата работ продать его, вычесть причитающиеся ему платежи и оставшуюся сумму внести в депозит. Если считать, что собственником вещи в момент передачи является подрядчик, получается, что закон дает ему разрешение продать свою вещь. Странность такого положения уже отмечалась в литературе.[[60]](#footnote-60)[60]

В. В. Ровный пытается объяснить данное положение тем, что подрядчик не имеет экономического интереса в сохранении вещи, а продажа позволит ему выручить неполученные от заказчика деньги. Такое объяснение не убедительно. Если подрядчик — собственник, то он может распоряжаться вещью, в том числе ее продать. Никаких экономических мотивов не нужно, чтобы осуществить это право. Нет надобности и в специальном указании закона на этот счет. Статью 729 можно обосновать только тем, что без нее подрядчик не смог бы продать вещь. Лишь если собственность принадлежит заказчику, верно указанный В. В. Ровным экономический интерес подрядчика вынуждает специально ограничить в его пользу право собственности: ему дозволяется продать чужое имущество.

Право удержания подрядчика, право продажи результата работ и обязанность выдать неоконченную вещь при расторжении договора заставили некоторых авторов признать заказчика собственником вещи с момента ее создания.[[61]](#footnote-61)[61] В частности, А. О. Рыбалов полагает, что заказчик получает первоначальное право собственности, а подрядчик вовсе не имеет никаких вещных полномочий в отношении новой вещи.

С таким решением сложно согласиться. Во-первых, уже говорилось, что п. 2 ст. 703 ГК указывает на производный характер права заказчика.[[62]](#footnote-62)[62] Во-вторых, индивидуализация предмета договора обычно не совпадает с началом работ. До ее проведения заказчик никак не может быть собственником, ибо объекта его права сначала нет, а затем он еще не индивидуализирован.[[63]](#footnote-63)[63]

Вместе с тем стремление перенести собственность на заказчика до момента передачи результата является верным. Однако связывать его с созданием вещи значит остановиться на полпути. При таком подходе возникновение вещи понимается как одномоментный акт. Однако изготовление — длительный процесс, в ходе которого материалы постепенно преобразуются подрядчиком в «результат работ». Его появление как физического тела обусловлено гибелью материалов, теми необратимыми изменениями, которые произвел в них подрядчик.

Как уже указывалось, ст. 729 ГК свидетельствует, что заказчик приобретает право собственности ранее окончания работ по изготовлению вещи. Когда же оно возникает? Поскольку до индивидуализации предмета договора оно невозможно, правильно связывать переход права собственности именно с этим моментом.

Возможность такого решения объясняется следующими причинами.

К моменту индивидуализации подрядчик уже начал работы по изготовлению вещи. Следовательно, какие-то материалы уже были переработаны им с целью получения необходимого результата. Поскольку изменения носят необратимый характер,[[64]](#footnote-64)[64] право собственности на них прекратилось. В то же время соединение материалов привело к образованию новой вещи, на которую неизбежно возникает самостоятельное право собственности (ведь нет оснований считать ее бесхозяйной). Хотя результат работ еще далек от согласованного сторонами, необходимо определить, кому он принадлежит?

Есть все основания приписать его подрядчику. Ведь до индивидуализации вещи она является заменимой, подрядчик имеет техническую возможность определить ее судьбу (например, выбросить и начать работу заново). Кредитор лишен возможности узнать, для кого должник перерабатывает материалы. Поэтому нельзя отказать последнему в праве распоряжения результатом работ на данном этапе. Сочетание с очевидными правами по владению и пользованию и образует право собственности подрядчика.

Кроме того, до индивидуализации новая вещь еще не выделена из имущества подрядчика. Установление прав заказчика на нее фактически приведет к тому, что он получит право на часть имущества другого лица, что не соответствует ни нормам ГК о праве собственности, ни общему принципу, согласно которому право собственности может существовать только на индивидуальную вещь.

Индивидуализация конкретизирует требования к предмету подряда, что создает возможность предоставить право на нее другому лицу. Поскольку вещь с этого момента стала незаменимой, подрядчик лишен возможности распорядиться ею иным образом, кроме как передать ее заказчику. Речь идет не только о правовой, но и фактической возможности. Ведь после того, как были учтены какие-то индивидуальные пожелания заказчика, подрядчик нередко не сможет сбыть предмет договора третьим лицам — они предъявляют к вещи иные требования. Таким образом, после индивидуализации подрядчик начинает изготавливать вещь для другого лица — для заказчика.

Переход права собственности в этот момент позволил бы примирить между собой те правила о подряде, кажущуюся противоречивость которых мы уже отмечали. Поскольку до индивидуализации предмет подряда принадлежит подрядчику, право собственности заказчика носит производный характер.[[65]](#footnote-65)[65] Этим объясняется норма о том, что подрядчик передает право собственности на новую вещь. С другой стороны, к моменту сдачи предмет уже не принадлежит должнику, поэтому он реализует право удержания в отношении чужой вещи, необходимо специально предоставить ему право продать предмет подряда и т. д.

Разумеется, предложенное решение касается только движимых вещей. В отношении недвижимости действует система регистрации (п. 1 ст. 130 ГК), а потому до такой регистрации не может быть права собственности на новую вещь ни у подрядчика, ни у заказчика.[[66]](#footnote-66)[66]

**Список литературы**

[[67]](#footnote-67)[1] Брагинский М. И. Подряд и подрядоподобные договоры: Лекция, прочитанная в Высшем Арбитражном Суде в феврале 1996 г.// Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. № 7.

[[68]](#footnote-68)[2] Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766; СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; 1999. N° 51. Ст. 6287.

[[69]](#footnote-69)[3] Напомним, что подряд по римскому праву представлял собой разновидность найма — localio conductio operis.

[[70]](#footnote-70)[4] Германское гражданское уложение// Германское право. Ч. 1. М., 1996.

[[71]](#footnote-71)[5] Шершеневич. Г. Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 483.

[[72]](#footnote-72)[6] Гражданское уложение. Книга пятая. Обязательственное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Вторая редакция. С объяснениями. СПб., 1903. С. 162.

[[73]](#footnote-73)[7] Здесь нет возможности обсуждать, совпадают ли указанные классификации между собой. Следует помнить о том, что дореволюционные авторы считали заменимыми вещами те, которые по воззрениям оборота определяются числом, мерой или весом (см.: Гамбаров Ю. С. Словарь юридических и государственных наук / под ред. А. В. Волкова и Д. Ю. Филиппова. СПб., 1910. С. 1802). Сегодня такие вещи обычно называют родовыми. Следовательно, в рамках подряда изготавливаются индивидуально-определенные предметы (см.: Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник для юрид. вузов и факультетов. 2-е изд. М., 2000. С. 346; Рыболов А. О. Различие подряда и купли-продажи // Труды по гражданскому праву: к 75-летию Ю. К. Толстого / под ред. А. А. Иванова. М., 2003. С. 222-223).

[[74]](#footnote-74)[8] Агарков М. М. Подряд (текст и комментарий к статьям 220—235 ГК РСФСР). М., 1924. С. 11-12.

[[75]](#footnote-75)[9] Гражданское право. Учебник/ под ред. Е. А. Суханова. 2-е изд. Т. I. M., 1998. С. 332.

[[76]](#footnote-76)[10] Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 465.

[[77]](#footnote-77)[11] Венская конвенция, хотя и является международным договором, отнюдь не закрыта для критики с точки зрения национального законодательства. Как уже было показано, Конвенция точно так же, как и отечественное законодательство, не предлагает решения спорного вопроса (по крайней мере, для российского права). Причем отечественное законодательство содержит нормы, на основе которых можно строить выводы по данному вопросу, а Конвенция — нет. Это, конечно, следствие того, что Конвенция специально посвящена только купле-продаже. Тем не менее, коснувшись вопроса о различиях купли-продажи и подряда, она ввела критерий, не позволяющий разрешить ею же поставленную задачу.

[[78]](#footnote-78)[12] Брагинский М. И. Подряд и подрядоподобные договоры: Лекция, прочитанная в Высшем Арбитражном Суде в феврале 1996 г.

[[79]](#footnote-79)[13] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 11, 30.

[[80]](#footnote-80)[14] Гражданское право. Учебник/ под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. В 2 ч. Ч. 1. М., 1998.

[[81]](#footnote-81)[15] Там же. С. 211.

[[82]](#footnote-82)[16] Там же. С. 212.

[[83]](#footnote-83)[17] Там же.

[[84]](#footnote-84)[18] Там же.

[[85]](#footnote-85)[19] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... С. 30.

[[86]](#footnote-86)[20] Ровный В. В. Элементы договора купли-продажи // Сибирский юридический вестник. 2001. №4 (http://www.lawinstitut.ru/ru/science/vestnik/20014/rovny.html).

[[87]](#footnote-87)[21] Автор сознательно выносит за скобки общее для рассматриваемых обязательств встречное предоставление — цену.

[[88]](#footnote-88)[22] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... С. 31.

[[89]](#footnote-89)[23] Там же.

[[90]](#footnote-90)[24] Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. С. 483.

[[91]](#footnote-91)[25] МедикусД. Отдельные виды обязательств в Германском гражданском уложении// Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М., 2001. С. 103.

[[92]](#footnote-92)[26] Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 2000. С. 90-91.

[[93]](#footnote-93)[27] Там же. С. 90.

[[94]](#footnote-94)[28] Ровный В. В. Элементы договора купли-продажи.

[[95]](#footnote-95)[29] Брагинский М. И. Подряд и подрядоподобные договоры...

[[96]](#footnote-96)[30] Научно-практический комментарий к части первой ГК РФ для предпринимателей / рук. авт. кол. М. И. Брагинский. М., 1999. С. 345.

[[97]](#footnote-97)[31] Скловский К. И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004. С. 123.

[[98]](#footnote-98)[32] Черепахин Б. Б. Первоначальные способы приобретения собственности по действующему праву// Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 55.

[[99]](#footnote-99)[33] Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27 марта 2002 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 8. С. 8.

[[100]](#footnote-100)[34] Черепахин Б. Б. Первоначальные способы приобретения собственности по действующему праву. С. 54.

[[101]](#footnote-101)[35] Ровный В. В. Договор купли-продажи (Очерк теории). Иркутск, 2003. С. 119—120.

[[102]](#footnote-102)[36] Гражданское право. Учебник/ под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд. Т. 2. М., 2003. С. 359.

[[103]](#footnote-103)[37] Рыбалов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 235.

[[104]](#footnote-104)[38] Там же. С. 239.

[[105]](#footnote-105)[39] Там же. С. 240.

[[106]](#footnote-106)[40] Там же.

[[107]](#footnote-107)[41] Там же. С. 241.

[[108]](#footnote-108)[42] Там же. С. 238.

[[109]](#footnote-109)[43] Это признает и сам А. О. Рыбалов, когда пишет, что «стороны могли не обратить внимания на обстоятельство, полагаемое нами за решающее, — приступил бы должник к изготовлению вещи без заказа или нет» (Рыбалов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 241). Как можно более внятно признать, что предложенный критерий не работает на практике?!

[[110]](#footnote-110)[44] Рыбалов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 240.

[[111]](#footnote-111)[45] Гражданское право. Учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд. Т. 2. С. 358 (автор главы — М. В. Кротов).

[[112]](#footnote-112)[46] Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда и риск его случайной гибели (повреждения) // Сибирский юридический вестник. 2003. № 1. С. 33 (http://www.law.isu.ru/ru/science/vestnik/20031/rovniy.html).

[[113]](#footnote-113)[47] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. С. 30.

[[114]](#footnote-114)[48] Это следует из указания на то, что договор, предмет которого определен родовыми признаками, может быть только продажей (см.: Брагинский М. #., Витрянский В. В. Договорное право... С. 30).

[[115]](#footnote-115)[49] С этим согласен А. О. Рыбалов (см.: Рыболов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 233).

[[116]](#footnote-116)[50] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... С. 31.

[[117]](#footnote-117)[51] Об этом говорит и известное правило толкования сделок: в случае сомнения сделка толкуется в пользу должника (см.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 166).

[[118]](#footnote-118)[52] Гражданское право. Учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд. Т. 2. С. 360.

[[119]](#footnote-119)[53] Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда... С. 33.

[[120]](#footnote-120)[54] Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... С. 48.

[[121]](#footnote-121)[55] Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда... С. 34.

[[122]](#footnote-122)[56] Васысовскии Е. В. Учебник гражданского права. С. 75.

[[123]](#footnote-123)[57] Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда... С. 33.

[[124]](#footnote-124)[58] Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М., 1998. С. 158-159.

[[125]](#footnote-125)[59] Вопреки мнению А. О. Рыбалова, здесь возможна аналогия со ст. 398 ГК. А. О. Рыбалов полагает, что ст. 398 ГК неприменима потому, что в ст. 729 ГК нет ответственности (см.: Рыбалов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 244). Но ведь и правило об истребовании индивидуальной вещи говорит не о возложении дополнительных обременении, а об исполнении в натуре. Хотя в ст. 729 речь не идет и об исполнении обязанности в натуре (подрядчик обязан сдать готовую вещь), данную норму роднит со ст. 398 ГК индивидуальный характер предмета.

[[126]](#footnote-126)[60] Гаврилов Э. Когда заказчик становится собственником предмета договора подряда?// Российская юстиция. 1999. № 11. С. 14; Рыбалов А. О. Различие подряда и купли-продажи. С. 245.

[[127]](#footnote-127)[61] Там же.

[[128]](#footnote-128)[62] На это верно указывают М. И. Брагинский и В. В. Ровный (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... С. 47—48; Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда... С. 33).

[[129]](#footnote-129)[63] В. В. Ровный правильно говорит о принципиальной недопустимости консенсуальной модели перехода права собственности применительно к договору подряда (см.: Ровный В. В. Право собственности на имущество в договоре подряда... С. 35).

[[130]](#footnote-130)[64] По крайней мере, необратимость предполагается. Поэтому даже в тех случаях, когда физическое соединение материалов может быть разрушено с восстановлением их первоначального состояния, следует говорить о прекращении права собственности.

[[131]](#footnote-131)[65] Правда, производный характер носит право на неоконченный результат работ. Поскольку первым собственником новой вещи является заказчик, право на нее имеет, по-видимому, первоначальный характер.

[[132]](#footnote-132)[66] Специальное обсуждение проблем создания недвижимых вещей в связи с необходимостью их государственной регистрации слишком далеко увело бы нас от темы. Однако нельзя не отметить, что сегодня почти готовое к сдаче здание до его государственной регистрации рассматривается как совокупность материалов, что слишком сильно противоречит реальной действительности, чтобы согласиться с целесообразностью такого решения.

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)
5. [↑](#footnote-ref-5)
6. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)
8. [↑](#footnote-ref-8)
9. [↑](#footnote-ref-9)
10. [↑](#footnote-ref-10)
11. [↑](#footnote-ref-11)
12. [↑](#footnote-ref-12)
13. [↑](#footnote-ref-13)
14. [↑](#footnote-ref-14)
15. [↑](#footnote-ref-15)
16. [↑](#footnote-ref-16)
17. [↑](#footnote-ref-17)
18. [↑](#footnote-ref-18)
19. [↑](#footnote-ref-19)
20. [↑](#footnote-ref-20)
21. [↑](#footnote-ref-21)
22. [↑](#footnote-ref-22)
23. [↑](#footnote-ref-23)
24. [↑](#footnote-ref-24)
25. [↑](#footnote-ref-25)
26. [↑](#footnote-ref-26)
27. [↑](#footnote-ref-27)
28. [↑](#footnote-ref-28)
29. [↑](#footnote-ref-29)
30. [↑](#footnote-ref-30)
31. [↑](#footnote-ref-31)
32. [↑](#footnote-ref-32)
33. [↑](#footnote-ref-33)
34. [↑](#footnote-ref-34)
35. [↑](#footnote-ref-35)
36. [↑](#footnote-ref-36)
37. [↑](#footnote-ref-37)
38. [↑](#footnote-ref-38)
39. [↑](#footnote-ref-39)
40. [↑](#footnote-ref-40)
41. [↑](#footnote-ref-41)
42. [↑](#footnote-ref-42)
43. [↑](#footnote-ref-43)
44. [↑](#footnote-ref-44)
45. [↑](#footnote-ref-45)
46. [↑](#footnote-ref-46)
47. [↑](#footnote-ref-47)
48. [↑](#footnote-ref-48)
49. [↑](#footnote-ref-49)
50. [↑](#footnote-ref-50)
51. [↑](#footnote-ref-51)
52. [↑](#footnote-ref-52)
53. [↑](#footnote-ref-53)
54. [↑](#footnote-ref-54)
55. [↑](#footnote-ref-55)
56. [↑](#footnote-ref-56)
57. [↑](#footnote-ref-57)
58. [↑](#footnote-ref-58)
59. [↑](#footnote-ref-59)
60. [↑](#footnote-ref-60)
61. [↑](#footnote-ref-61)
62. [↑](#footnote-ref-62)
63. [↑](#footnote-ref-63)
64. [↑](#footnote-ref-64)
65. [↑](#footnote-ref-65)
66. [↑](#footnote-ref-66)
67. [↑](#footnote-ref-67)
68. [↑](#footnote-ref-68)
69. [↑](#footnote-ref-69)
70. [↑](#footnote-ref-70)
71. [↑](#footnote-ref-71)
72. [↑](#footnote-ref-72)
73. [↑](#footnote-ref-73)
74. [↑](#footnote-ref-74)
75. [↑](#footnote-ref-75)
76. [↑](#footnote-ref-76)
77. [↑](#footnote-ref-77)
78. [↑](#footnote-ref-78)
79. [↑](#footnote-ref-79)
80. [↑](#footnote-ref-80)
81. [↑](#footnote-ref-81)
82. [↑](#footnote-ref-82)
83. [↑](#footnote-ref-83)
84. [↑](#footnote-ref-84)
85. [↑](#footnote-ref-85)
86. [↑](#footnote-ref-86)
87. [↑](#footnote-ref-87)
88. [↑](#footnote-ref-88)
89. [↑](#footnote-ref-89)
90. [↑](#footnote-ref-90)
91. [↑](#footnote-ref-91)
92. [↑](#footnote-ref-92)
93. [↑](#footnote-ref-93)
94. [↑](#footnote-ref-94)
95. [↑](#footnote-ref-95)
96. [↑](#footnote-ref-96)
97. [↑](#footnote-ref-97)
98. [↑](#footnote-ref-98)
99. [↑](#footnote-ref-99)
100. [↑](#footnote-ref-100)
101. [↑](#footnote-ref-101)
102. [↑](#footnote-ref-102)
103. [↑](#footnote-ref-103)
104. [↑](#footnote-ref-104)
105. [↑](#footnote-ref-105)
106. [↑](#footnote-ref-106)
107. [↑](#footnote-ref-107)
108. [↑](#footnote-ref-108)
109. [↑](#footnote-ref-109)
110. [↑](#footnote-ref-110)
111. [↑](#footnote-ref-111)
112. [↑](#footnote-ref-112)
113. [↑](#footnote-ref-113)
114. [↑](#footnote-ref-114)
115. [↑](#footnote-ref-115)
116. [↑](#footnote-ref-116)
117. [↑](#footnote-ref-117)
118. [↑](#footnote-ref-118)
119. [↑](#footnote-ref-119)
120. [↑](#footnote-ref-120)
121. [↑](#footnote-ref-121)
122. [↑](#footnote-ref-122)
123. [↑](#footnote-ref-123)
124. [↑](#footnote-ref-124)
125. [↑](#footnote-ref-125)
126. [↑](#footnote-ref-126)
127. [↑](#footnote-ref-127)
128. [↑](#footnote-ref-128)
129. [↑](#footnote-ref-129)
130. [↑](#footnote-ref-130)
131. [↑](#footnote-ref-131)
132. [↑](#footnote-ref-132)