

# Протестация как сделочное волеизъявление

**Илья Зикун,**

к.ю.н., ассистент кафедры гражданского права  
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,  
консультант ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ,  
i\_zikun@law.msu.ru

*В статье рассматривается возможность заявления протеста при совершении юридически значимых действий и возможности воспрепятствования придания своим действиям вменяемого оборотом значения. На примерах протеста против подтверждения действительности сделки, признания долга, проверки количества и качества товара при его приёмке автор приходит к выводу, что протест является допустимой сделкой, приводящей к возникновению юридического результата и установлению презумпции фактического положения дел. Однако протест не имеет заранее установленной силы, и поведение лиц подлежит толкованию с учётом фактических обстоятельств дела. В ситуации совершения действий «из любезности» и «из благочестия», при необходимости дополнительного времени на принятие решения и в случаях поведения «по необходимости» протест может помешать наступлению юридического результата.*

## Содержание

1. Постановка проблемы.....	49
2. <i>Protestatio facto contraria non valet</i> .....	50
3. Протест против подтверждения действительности сделки.....	56
4. Протест против признания долга.....	59
5. Протест при актировании.....	65
6. Заключение .....	68

## 1. Постановка проблемы

Принцип автономии воли сам по себе не обуславливает появление у субъектов гражданского права возможности придать своим действиям смысл. Нередко возникают ситуации, когда при совершении того или иного действия лицо может, даже не осоз-

навая этого, породить правовые последствия. В ряде случаев лицо осознаёт риск придания правопорядком его поведению смысла и сознательно заявляет о том, что его поведение не должно так восприниматься. Такое заявление получило название «протестация». Может ли лицо придать своему поведению смысл и исключить возможность придания иного смысла? Какое значение имеет заявление такого протеста и где лежат пределы протестации? Для примера проиллюстрируем ситуации протестации.

1. Работники покупателя принимают товар и делают заявление, что они некомпетентны и не могут проверить качество, ассортимент и комплектность товара, а сам факт приёма является не более чем физической передачей вещи, не являющейся ни исполнением обязательства, ни приводящей к переходу права собственности. В противном случае товар остался бы у ворот покупателя.

2. Арендодатель считает ничтожным заключённый ранее договор аренды, но в связи с тем, что срок исковой давности на применение последствий недействительности истечёт только через два года и арендатор продолжает пользоваться объектом аренды, арендодатель и арендатор заключают к договору аренды дополнительное соглашение. При этом арендодатель заявляет, что заключение дополнительного соглашения не считается подтверждением действительности договора аренды и при признании договора аренды ничтожным вместе с ним ничтожным станет и дополнительное соглашение.

3. Кредитор имеет к должнику право требования об уплате неустойки по денежному обязательству за пятилетний срок. Должник уплачивает сумму неустойки за последние три года и делает заявление, что данная уплата не является признанием долга по всей сумме неустойки и не прерывает течение срока исковой давности по требованию об уплате неустойки за период с истекшим сроком исковой давности.

Во всех этих ситуациях лицом было совершено действие (приёмка товара, заключение дополнительного соглашения, уплата части долга) и был заявлен протест о том, что действие не может восприниматься в указанном смысле и порождать связанные с этим действием последствия. Имеет ли сделанное заявление какое-либо юридическое значение?

## 2. *Protestatio facto contraria non valet*

Термин «протестация» (*protestatio*) появился в римском праве, и под ним, согласно Д.И. Азаревичу, понималось объявление воли по поводу известного юридического действия, которым останавливается определённое последствие данного юридического действия. Это объявление воли может касаться как собственного действия протестанта, так и действия постороннего лица<sup>1</sup>. В.М. Хвостов указывал, что «допускается доказательство, что с таким действием в данном случае не было связано намерение, которое из него обыкновенно умозаключается; это доказательство можно обеспечить протестом, заявленным при самом совершении действия»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Азаревич Д.И. Система римского права / Д.И. Азаревич. Санкт-Петербург: Тип. А.С. Суворина, 1887. Том 1. С. 266.

<sup>2</sup> Хвостов В.М. Система римского права / В.М. Хвостов. М.: Издательство Юрайт, 2019. С. 154.

Основным примером протестации стал протест против того, чтобы считаться наследником наследодателя при совершении действий так, «как если бы он был наследником» (D. 9.2.20)<sup>3</sup>. Это судьбоносный отрывок из Дигест Юстиниана для европейского права. Высказывается даже мнение, что этот отрывок о протестации был взят за основу протестантами XVI в. для названия своего движения (протестация – протестантизм)<sup>4</sup>. Т.е. если лицо действует с другим намерением в интересах третьего лица («из благочестия»<sup>5</sup>) или только раздумывает, совершать ли юридическое действие или нет, то действия лица ещё не могут считаться совершением юридического акта.

Приводится и другой пример протестации. Собственник мог заявить владельцу по давности протест о том, что срок для приобретения права собственности на вещь по давности не течёт, чем прерывал давность владения (CJ.7.39.2.1)<sup>6</sup>. Т.е. собственник заявлял, что его бездействие по неотобранию вещи не может рассматриваться как согласие с течением срока приобретательной давности, а вещь находится в чужом владении по его воле и с его согласия. В приведённых казусах протестант имеет диспозицию в поведении. Действие могло и не производиться, но лицо решило действовать и заявило, что действует по необходимости благочестия, защиты чужого интереса или находясь в состоянии раздумья. На протестанта не возлагалась обязанность по поведению.

Протестация создаёт видимость. Иногда эта видимость может быть создана ложно: со злым умыслом, с целью обмана. С таким заявлением необходимо бороться. Про-

<sup>3</sup> Ульпиан в 61-й книге «Комментариев к эдикту»: «Выступающим в роли наследника считается тот, кто совершает некоторые действия так, как если бы он был наследником. И Юлиан пишет в качестве общего положения, что только тот, кто выполняет некоторые действия так, как если бы он был наследником, выступает в роли наследника. Ведь его действия как наследника по своей сути не только действия, сколько состояние ума, ибо он должен (при этом) иметь в виду, что он хочет быть наследником. Но если он делал что-то из благочестия, если делал что-то с целью защиты (имущества), если он действовал не как наследник, но как владелец на основании какого-то другого права, очевидно, что он не рассматривается действовавшим как наследник. § 1. И поэтому дети, которые являются необходимыми (наследниками), обычно заявляют, что действия, которые они предприняли, не были предприняты с намерением стать наследником, но или из соображений благочестия, или из соображений защиты (имущества), или по их собственному усмотрению. <...> Или если (сын действовал) не как наследник, но для того, чтобы сохранить животных, или если он думал, что они его собственные; также если, пока он обдумывал (принимать ли наследство) и делал что-нибудь с целью сохранить вещи на случай, если он решит стать наследником, он, разумеется, не рассматривается действовавшим как наследник. Поэтому если он также сдавал внаем имения или дома, или поддерживал их, или делал что-нибудь еще с намерением действовать как наследник, но исходя из интересов лица, которое подназначено или будет наследником по закону, или продавал вещи, которые портятся со временем, то в таком случае он не действовал как наследник, потому что не имел такого намерения». Цит. по: Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. V. Полутом 1. М.: Статут, 2004. С. 229–230.

<sup>4</sup> *Becker Hans-Jürgen*. Protestatio, protest: Funktion und Funktionswandel eines rechtlichen Instruments // *Zeitschrift für Historische Forschung*. Vol. 5, No. 4 (1978). S. 385–412.

<sup>5</sup> D. 11.7.14.8 (Ульпиан в 25-й книге «Комментариев к эдикту»): «В большинстве случаев дети, которые хоронят своих родителей, равно и другие лица, которые могут стать наследниками, – хотя само совершение похорон и не предполагает, <что они действуют как наследники или приняли наследство>, – предпочитают брать свидетельство, что они совершают погребение ради благочестия. Если же это будет сделано <без нужды>, то представляется, что они прибегли к этому, чтобы не смешаться с наследниками, а не для того, чтобы требовать возмещения излишних расходов, – ведь они заявляют, что делают это из благочестия. Итак, им следует получить более полное свидетельство с тем, чтобы вернуть свои расходы». Цит. по: Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004. С. 607.

<sup>6</sup> «Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod locaverunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere aut annis omnibus super dominio suo publice protestari».

тестация как заявление может воздействовать на существование юридического факта или на толкование воли протестанта (например, сторона совершает сделку, но объявляет, что сделки нет). Наиболее грубое воздействие протеста на факт – это попытка признать действительную сделку недействительной или недействительную действительной. Как правило, это связано с созданием видимости, не соответствующей действительности. Такая попытка, как правило, обречена на провал ввиду злого умысла протестанта или обеих сторон сделки.

Неправомерная протестация может быть предметом рассмотрения сразу нескольких институтов и принципов гражданского права. Коротко рассмотрим их.

1) «Скрытая оговорка» (*Mentalreservation*) – догматический «мыс Горн», на котором проверялись теория воли и теория волеизъявления в учении о сделках<sup>7</sup>. Это ситуация, когда лицо совершает сделку без намерения её исполнять или с другим намерением, а другая сторона об этом не знает. Например, покупатель заявляет о протесте, что товар не считается принятым, но товар принимает и держит у себя, т.е. приёмки формально нет, а по факту есть.

В соответствии с § 116 BGB волеизъявление является недействительным не потому, что изъявившее волю лицо втайне полагает, что выраженная им воля не соответствует его истинной воле. Волеизъявление недействительно, если оно обращено к другому лицу, и это лицо знает о скрытой действительной воле<sup>8</sup>. Таким образом, совершение сделки с каким-либо иным скрытым намерением не влияет на действительность сделки. Но если другой стороне было сообщено о наличии иного намерения, то такая сделка ничтожна. Если знает о скрытом умысле один, то сделка действительна. Если оба, то недействительна.

Первый описываемый в § 116 BGB случай направлен на решение проблемы, связанной со злым умыслом (*dolus malus*), т.е. лицо имеет намерение обмануть своего контрагента<sup>9</sup>. По Б. Виндшайду «скрытая оговорка» – это просто ложь<sup>10</sup>. И за ложь лицо несёт последствия действительности сделки. Как писал Азо (*Azo*), сокрытое в уме никогда не имеет силу (*propositum in mente retentum nihil operatur*)<sup>11</sup>.

Напротив, во второй ситуации § 116 BGB описывается ситуация с намерением доброго умысла (*dolus bonus*), когда лицо объявляет о своём действительном намерении<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Как пишет Р. Циммерманн, «удивительно видеть, как эта, казалось бы, безобидная и довольно непрактичная проблема смогла приобрести внушающие благоговение размеры догматического «мыса Горн» – страшной скалы, на которую наталкивается любая попытка объяснить правовой мир договора только с точки зрения, ориентированной на волю, которая неминуемо должна была стать основой». См.: *Zimmermann R. The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Juta and Company Ltd, 1990. P. 645.

<sup>8</sup> Перевод приведен по: Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. 4-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. VIII–XIX // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>9</sup> *Zimmermann R., Schmoeckel M., Rückert J. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240*. 2003. S. 431.

<sup>10</sup> *Windscheid Bernhard. Wille und Willenserklärung. Eine Studie. Archiv für die civilistische Praxis*. 1880. 63. S. 29.

<sup>11</sup> *Azo. Lectura super codicem. Ausgabe Torino*. 1966. С. 2, 4, 25. Цит. по: *Zimmermann R., Schmoeckel M., Rückert J. Op. cit.* S. 429.

<sup>12</sup> *Zimmermann R., Schmoeckel M., Rückert J. Op. cit.* S. 431.

Контрагент должен хотя бы узнать о наличии иного намерения. То, что получатель не знал, но должен был знать о различии в цели волеизъявления, не приведёт к ничтожности сделки<sup>13</sup>. Возможность или невозможность возразить так же, как и сам факт согласия или несогласия контрагента, для признания сделки ничтожной значения не имеет<sup>14</sup>. Важно только, чтобы контрагенту было объявлено о наличии иной цели или о её отсутствии.

При «скрытой» оговорке контрагент лишён какой-либо возможности возразить, поэтому сделка признаётся действительной. Следовательно, положение о действительности распространяется на все сделки (как требующие, так и не требующие восприятия)<sup>15</sup>. В случае же с «нескрытой» оговоркой контрагент должен знать о различии мотива. Следовательно, речь идёт только о сделках, требующих восприятия. Сделки, не требующие восприятия, под это правило не попадают<sup>16</sup>.

Отсутствие требования о согласии получателя заявления отличает «нескрытую» оговорку от мнимой сделки<sup>17</sup>. Хотя различие часто лишь умозрительное, что даёт основание считать «нескрытую оговорку» разновидностью мнимой сделки<sup>18</sup>. «Нескрытая» оговорка – это исключительный случай<sup>19</sup>, а чаще речь идёт о мнимой сделке.

Ситуация «нескрытой» оговорки с раскрытием истинного намерения может возникнуть при использовании многозначных терминов. В этом случае возникает необходимость толкования условий. При наличии вины со стороны протестанта в использовании многозначных терминов защите будет подлежать адресат<sup>20</sup>. Однако если адресат ошибочно понял волеизъявление, которое мог понять правильно, защите подлежит протестант (возможность распознавания многозначности)<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Wolf M., Neuner J., Larenz K. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München: CH Beck, 2012. S. 448. См. также: Werner F. Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts: Band 2: Das Rechtsgeschäft. Springer Berlin Heidelberg, 2013. S. 403.

<sup>14</sup> Wolf M., Neuner J., Larenz K. Op. cit. S. 427. См. также: Urteil des Bundesgerichtshofs v. 18.12.1985 – VIII ZR 297/84 (адвокат обналичил вверенный ему для ведения дел чек и полученную сумму направил на погашение задолженности по вознаграждению за свои услуги).

<sup>15</sup> Kommentar, Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 1204.

<sup>16</sup> Kommentar, Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 1206.

<sup>17</sup> Wolf M., Neuner J., Larenz K. Op. cit. S. 448.

<sup>18</sup> Наличие соглашения о мнимости и притворности является необходимым для применения ст. 170 ГК. В соответствии с п. 86, 87 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» намерения одного участника совершить притворную сделку для применения указанной нормы недостаточно. Аналогичный вывод следует сделать и для мнимых сделок. Ситуация «нескрытой» оговорки нормативно не разрешена в российском праве. Положения указанных пунктов нужны для противопоставления действительности сделки при «скрытой оговорке» и ничтожности мнимой и притворной сделок.

<sup>19</sup> Petersen J., Medicus D. Allgemeiner Teil des BGB. – CF Müller GmbH, 2016. S. 261.

<sup>20</sup> Kommentar, Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 1205. См. также: Werner F. Op. cit. S. 403.

<sup>21</sup> Zimmermann R., Schmoeckel M., Rückert J. Op. cit. S. 431. См. также: Wolf M., Neuner J., Larenz K. Op. cit. S. 394.

2) Вменение последствий ввиду социально типичного поведения. Данный критерий стал одной из теорий фактических договорных отношений<sup>22</sup>.

Можно выделить два события, которые придали теории фактических договорных отношений популярность. Во-первых, это необходимость оформления фактически сложившихся арендных отношений после Первой мировой войны, когда люди не могли оформить договор аренды, но им нужно было использовать чужие жилые помещения для проживания<sup>23</sup>.

Во-вторых, это так называемое гамбургское дело о парковке в 1953 году, когда транспортное средство было поставлено на парковочное место, но собственником транспортного средства был заявлен протест против заключения договора и охраны транспортного средства<sup>24</sup>.

У этой ситуации есть ряд особенностей. Земельный участок, на котором располагалась парковка, находился в собственности муниципалитета, поэтому было выдвинуто сравнение с ситуацией «городской трамвай-безбилетник», аренды пляжей на морском побережье и катков, аренды стульев в общественных местах. Суд апеллировал соображениями общественного порядка и социального равенства, когда каждый хочет припарковать свой автомобиль в центре города (у здания ратуши). Взимание платы обеспечивает удовлетворение городских нужд. Решение суда построено по логике «от противного». Т.к. никакой другой способ защиты не может защитить права, то можно воспользоваться нормами о договоре. Таким образом, отказ учитывать протест обусловлен необходимостью защиты интереса всего общества. Автономия воли уступила публичному интересу. Из этого дела и этого обоснования общее правило вывести невозможно.

Характеризуя дело о парковке, В. Флуме указывал, что абсолютизация волеизъявления бессмысленна<sup>25</sup>. Значение воли для совершения сделки всё равно остаётся,

<sup>22</sup> Наиболее подробно теория фактических договорных отношений описана в работах Д.С. Щепина, в связи с чем в данной статье нет смысла описывать ее более подробно. См.: *Щепин Д.С. Теория фактических договорных отношений: история становления и критика // Вестник гражданского права. 2021. № 6. С. 59–98; Щепин Д.С. Теория фактических договорных отношений: практика применения и альтернативные решения в континентально-европейских и российском правопорядках / Актуальные проблемы гражданского права: сборник работ выпускников Российской школы частного права. Вып. 16 / сост. и отв. ред. Д.А. Монахов, Н.В. Тололаева; Исслед. центр частного права им. С.С. Алексеева, Российская школа частного права. М.: Статут, 2022. С. 67–99.*

<sup>23</sup> Подробнее о теориях см.: *Lambrecht P. Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis // Entstehung, Rezeption und Niedergang, Tübingen. 1994. S. 51–24.*

<sup>24</sup> *Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.7.1956 – V ZR 223/54.* Как указал Верховный суд ФРГ, в случае заявления отказа от заключения договора бесспорно, что договор не заключен путем обмена соответствующими заявлениями (офертой и акцептом), но договор был заключен на основе социальных обязанностей так же, как безбилетник, воспользовавшийся трамваем, должен заплатить за проезд. Если поведение по общественному мнению связано с заключением договора, тогда договор заключен. В этом случае любое заявление (протест) не имеет значения. В этом случае мог бы быть подан деликтный иск, но это усложнило бы бремя доказывания владельца парковки, который должен был бы доказать наличие других водителей, которым пришлось отказать в связи с отсутствием свободных мест на парковке. В итоге был бы получен нереалистичный (*wirklichkeitsfremd*) результат, при котором нельзя было бы защитить свое право. Вещные иски в связи с ограничением возможности использовать парковочное место тоже не подходят. В данном случае только нормы договорного права могут обеспечить справедливый баланс.

<sup>25</sup> *Werner F. Op. cit. S. 403.* Следует не согласиться со сделанной Грантом Гилмором провокацией, что «договор умер, материя исчезла». Воля сторон договора остается основополагающей характе-

и это общее правило, а любые отсылки к принципам (например, *protestatio facto contraria non valet*) являются субсидиарными по отношению к общему правилу и могут применяться только в некоторых случаях.

Случай с парковкой разрешён в пользу владельца парковочного места. Обратный пример приводит В. Флуме: тот, кто ест в гостинице хлеб и заявляет, что не хочет платить, никакой договор не заключает. Любое причинение вреда имуществу было бы приравнено к заключению договора купли-продажи. Для деликта бы не осталось места. Любая кража стала бы договором купли-продажи.

Такой же вывод нужно сделать и с точки зрения российского законодательства. В соответствии с п. 2 ст. 432 ГК единственным способом заключения договора является обмен офертой и акцептом, т.е. обмен заявлениями (предложение – ответ) (ст. 435, 438 ГК)<sup>26</sup>. По тексту ГК конклюдентные действия как акцепт имеют второстепенное значение и могут быть исключены нормой права или офертой. Постановление Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» выводит акцепт конклюдентными действиями из-под общего правила п. 2 ст. 432 ГК и придаёт ему самостоятельное значение, что не придаёт конклюдентным действиям большую силу.

Таким образом, протест не устраняет значение конклюдентных действий, но может придать им значение (смысл) или создать конкуренцию значений. Не во всех случаях протест уступит место конклюдентному действию, а также принцип *protestatio facto contraria non valet* будет действовать не во всех случаях. Протестация возможна как намерение придать своему поведению конкретный смысл, выбрать нужный вариант квалификации из возможных, исключить неопределённость в ситуации многозначительности или, наоборот, сохранить неопределённость в ситуации допустимого раздумья. Протестация в одних ситуациях может приводить к осуществлению неправо-

---

ристикой. Различные отступления от требования наличия воли лишь субсидиарны. В качестве одного из доказательств абсолютизации объективного поведения называется отход от субъективного толкования условий договора к объективному (см.: *Тарусов А.А., Лазаренко К.В.* Понятие договора и источник его обязательной силы в правопорядках common law: в поисках вакцины от неопределённости / Актуальные проблемы договорного права. 2021 / сост. и отв. ред. К.А. Усачева; МГУ им. М.В. Ломоносова. М.: Статут, 2022. С. 18–58). Однако значение слов и выражений определяется с учетом их общепринятого употребления любым участником гражданского оборота, действующим разумно и добросовестно, если иное значение не следует из деловой практики сторон и иных обстоятельств дела (п. 43 постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»). Сомнительно, что правило объективного толкования с такой формулировкой можно считать общим правилом.

<sup>26</sup> Иное правило предусмотрено п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора», в соответствии с которым соглашение сторон может быть достигнуто путем принятия (акцепта) одной стороной предложения заключить договор (оферты) другой стороны (п. 2 ст. 432 ГК), путем совместной разработки и согласования условий договора в переговорах, иным способом, например, договор считается заключенным и в том случае, когда из поведения сторон явствует их воля на заключение договора (п. 2 ст. 158, п. 3 ст. 432 ГК). Т.е. Пленум ВС РФ предлагает три равнозначных варианта заключения договора, что было намеренно пропущено в п. 2 ст. 432 ГК. Расширение способов заключения договора не выстроило данные способы в иерархию. Они равнозначны. Следовательно, нельзя однозначно утверждать, что «дело» превалирует над «словом».

мерного поведения, а в других – быть направленной на достижение правомерной цели, уменьшающей убытки своего контрагента.

### 3. Протест против подтверждения действительности сделки

Некоторые проявления запрета противоречивого поведения и возможность в той или иной форме «исцеления» оспоримой и ничтожной сделки предусмотрены в абз. 2 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК. Также одним из проявлений этого запрета является п. 3 ст. 432 ГК. В рамках данной статьи нужно ответить лишь на один вопрос: какое значение придаётся заявлению лица о том, что его поведение не должно рассматриваться как подтверждение действительности или заключённости сделки?

Можно назвать несколько примеров действий, которые были признаны действиями, подтвердившими действительность сделки: 1) сдача в аренду имущества другому арендатору при оспаривании действительности соглашения о расторжении договора аренды<sup>27</sup>; 2) совершение действий по исполнению обязательства из оспариваемого договора<sup>28</sup>; 3) оспаривание договора после истечения его срока и после того, как сторона отказалась заключать договор аренды на новый срок<sup>29</sup>; 4) в отсутствие каких-либо разногласий заключено дополнительное соглашение к договору<sup>30</sup>; 5) сторона договора не воспользовалась своим правом передать разногласия по условиям договора присоединения в суд<sup>31</sup>; 6) выдача разрешений на строительство, согласование границ земельного участка, присвоение почтового адреса при оспаривании органом муниципального образования сделки по отчуждению им земельного участка<sup>32</sup>; 7) приёмка результата работ по договору подряда<sup>33</sup>; 8) совершение действий представителем по нотариальной доверенности при оспаривании подлинности подписи на договоре<sup>34</sup>.

Среди данных примеров есть ситуации, которые вызывают сомнения. Во многих случаях суды подходят формально к признанию поведения истца недобросовестным или противоречивым. Ведение обычной хозяйственной деятельности и выполнение государственным органом своей компетенции в преддверии судебного спора стали почему-то осуждаться. Неиспользование и использование способа защиты порицается, а нормы об исковой давности побеждены нормами о запрете противоречивого поведения. Видимо, чтобы не попасть под действие норм о запрете противоречивого поведения, нужно бегать от своего контрагента как чёрт от ладана. Наблюдается полный отказ от поиска мотивов совершения действий. Всё это выглядит как властное наказывающее вменение, а должно быть не так.

<sup>27</sup> Постановление АС Волго-Вятского округа от 04.06.2020 по делу № А43-19173/2019. Здесь и далее ссылки на судебные акты приведены с использованием СПС «КонсультантПлюс» и Дайджестов новостей российской и зарубежной частного права (ежемесячные выпуски) юридического института «М-Логос» под ред. А.Г. Карапетова.

<sup>28</sup> Постановление АС Восточно-Сибирского округа от 13.02.2020 по делу № А33-36008/2018.

<sup>29</sup> Постановление АС Восточно-Сибирского округа от 16.01.2020 по делу № А10-6950/2017.

<sup>30</sup> Постановление АС Дальневосточного округа от 01.06.2020 по делу № А73-14921/2018.

<sup>31</sup> Постановление АС Московского округа от 07.07.2020 по делу № А40-303155/2019.

<sup>32</sup> Определение ВС РФ от 13.02.2018 № 33-КГ17-24.

<sup>33</sup> Определение ВС РФ от 28.03.2019 № 309-ЭС18-21472.

<sup>34</sup> Определение ВС РФ от 01.09.2020 № 49-КГ20-12-К6.

Подтверждение сделки – это всегда сделка<sup>35</sup>. Односторонняя и не требующая волеизъявления<sup>36</sup>. У лица должна быть воля на подтверждение сделки, без которой подтверждения быть не может<sup>37</sup>. Поэтому, например, делают вывод, что невозможно подтвердить действие сделки, если лицо не знает о её порочности<sup>38</sup>. Раньше Имперский суд Германии высказывал позицию, что для подтверждения ничтожной сделки нужно совершить заново полностью аналогичное действие с аналогичным содержанием<sup>39</sup>. Такой подход отчасти остался<sup>40</sup>, и подтверждение конклюдентными действиями ничтожной сделки иногда не допускается<sup>41</sup>, но была и попытка смягчить подход до необходимости согласия по всем существенным условиям<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> «Die Bestätigung nach § 141 BGB ist immer selbst Rechtsgeschäft». См.: Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 1639.

<sup>36</sup> Soergel H.T., *Gesetzbuch B. Nebengesetze: BGB, Band 2–Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240 BGB, 13 // Aufl.*, Stuttgart. 1999. S. 366.

<sup>37</sup> Наличие воли на подтверждение (*Bestätigungswille*) должно быть доказано. В противном случае действие не может считаться подтверждением ранее совершенной недействительной сделки. Кроме того, должно быть доказано, что при совершении действия лицо знало о недействительности сделки, или хотя бы то, что оно сомневалось в действительности сделки. См.: Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.05.1995 – VIII ZR 264/94. См. также: Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2012 – V ZR 51/11 (истец не был профессиональным оценщиком и поэтому просто не мог знать о том, что стоимость товара и цена договора существенно отличаются. Соответственно, совершая осмотр и приемку товара, он не мог подтвердить действительность сделки, что означает отсутствие воли на подтверждение).

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05.04.2006 – VIII ZR 163/05 (требуется воля на подтверждение и осознание, что предыдущая сделка не имеет связывающего эффекта). Как указал ВС РФ, применение судами п. 5 ст. 166 ГК неправомерно, если действия по уплате аванса были совершены заказчиком до того момента, как стало известно о нарушениях участника торгов. Уплата аванса не может считаться подтверждением сделки с подобным нарушением (определение ВС РФ от 17.06.2020 № 310-ЭС19-26526). Также требование знания о порочности сделки предусмотрено абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК. Напротив, п. 5 ст. 166 ГК такого требования не предусматривает («если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки»), т.е. лицо наказывается за обман доверия, которое появилось у контрагента.

<sup>39</sup> RG, 24.04.1926 – III 208/25. Цит. по: Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 1639. Й. Гернхубер вслед за формулировкой § 141 BGB тоже делает вывод, что ничтожную сделку подтвердить невозможно, а можно только заново совершить сделку (см.: *Gernhuber J. Bürgerliches Recht: ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene*. Beck, 1983. S. 50).

<sup>40</sup> *Werner F.* Op. cit. S. 71.

<sup>41</sup> Должен быть заключен договор о подтверждении, а совершения конклюдентных действий недостаточно. См.: BGH 11, 59. Цит. по: Großkommentare der Praxis. Allgemeiner Teil, §§ 1–240. *Johannes Denecke, Kurt Herbert Johannsen, Wilhelm Kregel, Gerda Krüger-Nieland, Georg Kuhn*. Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020. 11. Auflage. S. 485.

<sup>42</sup> Подтверждение должно основываться на ранее совершенной недействительной сделке. Такое намерение должно быть четко выражено. Заключение дополнительного соглашения стало рассматриваться в качестве подтверждения ничтожной сделки только потому, что в дополнительном соглашении стороны прямо указали в преамбуле, что целью заключения дополнительного соглашения является устранение порока ничтожности первоначальной сделки. См.: Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28. November 2008 BLW 4/08. Т.е. заключение дополнительного соглашения может рассматриваться как подтверждение только в том случае, если цель его заключения состоит в устранении порока сделки. Но само по себе заключение дополнительного соглашения по какому-либо вопросу, не связанному с пороком первоначальной сделки, еще ничего не подтверждает. Аналогично Р. Борк указывает, что изменение или исполнение договора сами по себе не являются подтверждением действия ничтожной сделки (см.: *Bork R.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mohr Siebeck, 2016. 4. neubearbeitete Auflage. S. 492). При подтверждении необходимо устранить порок недействительности. Иначе в подтверждении нет смысла.

Р. Борк указывает, что действие оспоримой и ничтожной сделок может быть подтверждено конклюдентными действиями<sup>43</sup>. Согласно Д. Медикусу и Й. Петерсену нет необходимости, чтобы лицо хотело совершить подтверждение, но главное, чтобы поведение лица могло быть потенциально распознано как подтверждение как самим лицом, так и его контрагентом<sup>44</sup>. Поведение должно однозначно сигнализировать любому третьему лицу о подтверждении<sup>45</sup>. Это вопрос толкования волеизъявления. Если действие совершается с каким-либо иным мотивом, а не с целью подтверждения сделки, то такое действие подтверждением не является, а сделка всё так же остается недействительной<sup>46</sup>. Исполнение недействительного договора во избежание наступления причинения большего вреда подтверждением действительности сделки не является<sup>47</sup>. Использование способов защиты по сделке тоже не подтверждает её действительность<sup>48</sup>.

Заявление о подтверждении и конклюдентное поведение, подтверждающее действительность сделки, имеют силу как для заявляющего лица, так и для контрагента, поэтому для использования в процессе воля заявляющего уже перестаёт иметь значение<sup>49</sup>. Но применяется обычное процессуальное распределение бремени доказывания: тот, кто хочет воспользоваться последствиями подтверждения действительности сделки, должен доказать факт подтверждения<sup>50</sup>.

Представляется, что для решения вопроса о возможности применения правил абз. 4 п. 2 и п. 5 ст. 166 ГК необходимо руководствоваться тестом «что было бы, если бы не было подтверждения?». Если причиной совершения действия является стремление не впасть в просрочку в условиях неопределённости, минимизировать причинение вреда контрагенту, осуществление обычной для себя хозяйственной деятельности во избежание причинения вреда своему имуществу, то само по себе это подтверждением действительности сделки являться не может.

<sup>43</sup> *Bork R.* Op. cit. S. 367–368, 492. Под подтверждением Д. Медикус и Й. Петерсен понимают поведение, из которого следует воля лица придать недействительной сделке действие (например, уплата периодического платежа или дальнейшее отчуждение вещи, но не простое использование полученной на основе недействительной сделки вещи) (см.: *Petersen J., Medicus D.* Op. cit. S. 237). Подтверждение сделки конклюдентными действиями исключается только, если для сделки установлено императивное требование о форме сделки.

<sup>44</sup> *Petersen J., Medicus D.* Op. cit. S. 237. Позиция сформулирована на основании подхода Верховного суда ФРГ, согласно которому по общему правилу при подтверждении действительности сделки лицо должно знать (или догадываться) о недействительности сделки и о том, что его поведение может быть расценено как подтверждение недействительной сделки. Однако в случае проявления лицом недолжной осмотрительности поведение лица может стать подтверждением, даже если лицо не осознавало, что совершает подтверждение недействительной сделки. В этом случае доверие контрагента по сделке, положившегося на одобрение сделки, должно быть защищено. См.: *Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.11.2014 – I ZR 97/13*. Такая позиция Верховного суда ФРГ не опровергает тезис, что подтверждение само по себе является сделкой.

<sup>45</sup> *Soergel H.T., Gesetzbuch B.* Op. cit. S. 357. Например, двусторонний обмен предоставлениями по договору не свидетельствует об отпадении порока ничтожности.

<sup>46</sup> *Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.04.1971 – VIII ZR 258/69*, а также *Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04.01.1967 – V ZR 51/64*.

<sup>47</sup> *RG Recht 1912 1275*. Цит. по: *Soergel H.T., Gesetzbuch B.* Op. cit. S. 357.

<sup>48</sup> Например, когда арендатор требует компенсации причиненных арендодателем убытков и уменьшения процентов по договору аренды за невыплату арендной платы, не означает, что арендатор подтверждает действительность договора аренды. Поведение должно однозначно свидетельствовать об отказе лица от права на иск о признании сделки недействительной. См.: *RG SoergRspr 1916, § 144 Nr 2*. Цит. по: *Soergel H.T., Gesetzbuch B.* Op. cit. S. 367.

<sup>49</sup> *Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.11.2014 – I ZR 97/13*.

<sup>50</sup> *Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl.* Beck, München. 2015. S. 1641.

Например, арендодатель считает договор аренды недействительным, но в связи с тем, что в период проведения судебного процесса объектом аренды пользуется арендатор, арендодатель заключает дополнительное соглашение об определении порядка и оплаты вывоза мусора, порядка использования коммуникаций, размещения рекламы и т.д. Это не подтверждение действительности договора аренды. Арендодатель делает это, чтобы не получить по факту гору мусора у входа, вышедшую из строя канализацию и электрическую сеть и т.д. Арендодатель пытается минимизировать свои будущие расходы и расходы арендатора, оставляя за собой решение вопроса о подаче иска о признании такого договора недействительным.

Выполнение государственным или муниципальным органом своей компетенции, которую он обязан осуществлять в силу норм публичного законодательства, тоже не может являться подтверждением действительности сделки. Государственный орган просто лишён возможности выбора. Он не может поступить иначе.

Подтвердить действительность сделки невозможно под принуждением сложившихся обстоятельств. Это должно быть свободное волеизъявление с целью подтверждения действительности сделки и её связующего действия. Приписать значение действию лица, которое оно своему действию не придавало, можно только в целях защиты доверия контрагента и только если бы стандартный участник оборота сделал бы вывод о подтверждении действительности сделки.

Заключение дополнительного соглашения, использование способа защиты по сделке, совершение предоставления по сделке, принятие исполнения по этой сделке само по себе о подтверждении сделки и отказе от иска на признание сделки недействительной не свидетельствует, хотя и может стать частью обстоятельств дела, свидетельствующих о признании действительности сделки.

Учитывая всё вышесказанное о сделочной природе подтверждения действительности сделки и требования к наличию воли на подтверждение, сделанный протест о запрете воспринимать своё поведение в качестве подтверждения действительности сделки и об отказе от права на иск об оспаривании сделки должен иметь силу. Там, где лицо вправе по своему выбору породить правовые последствия, оно же может и воспрепятствовать их наступлению. Это сфера его выбора. Если вопрос о том, было ли подтверждение или нет, сведён к оценке поведения и его толкованию, то лицо вправе исключить одно толкование и заявить о наличии другого смысла у поведения. Пределом осуществления права на протест будет защита доверия другой стороны по сделке. Однако защита доверия осуществляется взысканием специального вида убытков (*Vertrauensschaden*), но в итоге не даёт действительную сделку, если это не предусмотрено законом. В связи с этим сделка всё равно останется недействительной.

#### 4. Протест против признания долга

В соответствии со ст. 203 ГК течение срока исковой давности прерывается совершением обязанным лицом действий, свидетельствующих о признании долга. После перерыва течение срока исковой давности начинается заново; время, истекшее до перерыва, не засчитывается в новый срок. Согласно п. 2 ст. 206 ГК, если по истечении срока исковой давности должник или иное обязанное лицо признаёт в пись-

менной форме свой долг, течение исковой давности начинается заново (ср.: § 781 BGB, который только косвенно производит эффект с точки зрения перерыва исковой давности). Таким образом, законодательно разграничены признание долга и действия, свидетельствующие о признании долга.

После сдачи результата работ часто возникает ситуация, когда заказчик просит подрядчика выполнить дополнительные работы, не предусмотренные договором подряда. Иногда это происходит запросом на устранение недостатков, направлением подрядчику дополнительных вопросов или постановкой дополнительных задач. Например, при необходимости обучения персонала заказчика работе на оборудовании, подключения оборудования, его настройки и наладки. Иногда запросы заказчика могут поступать значительно долгий период времени или спустя долгое время. При этом подрядчик иногда согласен выполнить дополнительные работы «из любезности» к клиенту (*aus Kulanz*), а не потому, что в переданном заказчику результате работы есть дефект. В этом случае часто возникает следующая позиция: «я не должен это делать, но сделаю с учётом безвозмездности этого предоставления»<sup>51</sup>.

В описанной ситуации возникает риск, что поведение подрядчика «из любезности» будет квалифицировано как признание долга, что приведёт, во-первых, к перерыву течения срока исковой давности по требованию об устранении недостатков и, возможно, по иным требованиям из этого договора, а во-вторых, к применению условий договора подряда об объёме, сроках и порядке устранения дефектов к предоставлению «из любезности». Чтобы избежать негативных последствий, подрядчик заявляет, что он проведёт проверку результата работ и совершит действия по доработке и что эти действия не должны восприниматься как признание им своего долга по устранению дефектов. Какое значение будет иметь это заявление?

В соответствии с п. 50 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» признание долга является сделкой, т.е. волеизъявлением<sup>52</sup>. Волеизъявление должно точно и недвусмысленно<sup>53</sup> свидетельствовать о признании

<sup>51</sup> Например, в материалы одного из судебных дел было представлено письмо подрядчика, в котором подрядчик указал, что «вину в имеющихся недостатках не признает, но готов возместить заказчику расходы по устранению недостатков в сумме 355 200 руб. после выставления заказчиком соответствующего счета» (постановление АС Дальневосточного округа от 17.03.2022 по делу № А59-5320/2019).

<sup>52</sup> В соответствии с п. 20 постановления Пленума ВС РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» к действиям, свидетельствующим о признании долга в целях перерыва течения срока исковой давности, в частности, могут относиться: признание претензии; изменение договора уполномоченным лицом, из которого следует, что должник признает наличие долга, равно как и просьба должника о таком изменении договора (например, об отсрочке или о рассрочке платежа); акт сверки взаимных расчетов, подписанный уполномоченным лицом. Ответ на претензию, не содержащий указания на признание долга, сам по себе не свидетельствует о признании долга. Признание части долга, в том числе путем уплаты его части, не свидетельствует о признании долга в целом, если иное не оговорено должником. В тех случаях, когда обязательство предусматривало исполнение по частям или в виде периодических платежей и должник совершил действия, свидетельствующие о признании лишь части долга (периодического платежа), такие действия не могут являться основанием для перерыва течения срока исковой давности по другим частям (платежам).

<sup>53</sup> В одном из дел суд указал, что между сторонами договора было заключено несколько договоров, поэтому не исключено, что в направленном письме о признании долга допущена ошибка в реквизитах договора. «Для квалификации действий должника по оформлению гарантийного письма, как

долга<sup>54</sup>. Например, акт сверки, из которого невозможно определить включение спорных платежей в состав задолженности, не будет являться актом признания долга<sup>55</sup>. Аналогично не является признанием долга списание части денежных средств в принудительном порядке<sup>56</sup>, бездействие должника<sup>57</sup>. Предложение должника об урегулировании спора и предложение заключения соглашения о зачёте свидетельствуют о наличии спора, и поэтому признанием долга не являются<sup>58</sup>.

Напротив, заявление об отказе от договора<sup>59</sup>, заключение договора о переводе долга<sup>60</sup>, заключение соглашения о зачёте<sup>61</sup> и соглашения о расторжении акта зачёта взаимных требований<sup>62</sup> (sic!), возврат авансового платежа, проведение денежных средств через согласованный расчётный счёт<sup>63</sup>, использование текста договора как доказательства в другом судебном процессе<sup>64</sup>, подписание должником договора цессии между cedentом и цессионарием<sup>65</sup> были квалифицированы как признание долга.

По подрядным спорам направление письма с признанием факта наличия дефекта и согласование последующих ремонтных работ<sup>66</sup> было квалифицировано в качестве признания долга. В другом деле направление проектной организацией рабочей конструкторской документации для проведения модернизации стало признанием наличия недостатков и, следовательно, признанием долга<sup>67</sup>.

---

признание долга перед кредитором, для целей перерыва течения срока исковой давности, следует проверить и установить, что действия по признанию долга исходят от уполномоченного лица, что волеизъявление должника ясно выражено и противоречия в этом волеизъявлении отсутствуют, что действия должника соотносятся (или возможно их соотнести) с конкретным обязательством (по сумме, периоду образования, основаниям возникновения и иным), что признание долга подтверждается именно в отношении конкретного кредитора, что признание долга подтверждается добровольной инициативой должника. Между тем исследуемое письмо ссылок на первичные документы, на сумму задолженности, период ее возникновения, основания возникновения не содержит, также на его основании невозможно достоверно (без противоречий) установить, по каким обязательствам ответчик не отказывается от их исполнения, оплату каких работ и в каком объеме он будет производить» (постановление АС Уральского округа от 07.06.2022 по делу № А76-45565/2020).

<sup>54</sup> Как указал МКАС при ТПП РФ, признание долга должно быть точным, конкретным и безоговорочным, из него должно быть понятно, в отношении какого конкретно обязательства данное признание совершено (решение МКАС при ТПП РФ от 16.10.2017 по делу № 245/2016).

<sup>55</sup> Определение ВС РФ от 12.04.2022 № 306-ЭС22-3771. В другом деле суд признал акт сверки основанием для перерыва течения срока исковой давности (постановление АС Волго-Вятского округа от 28.02.2022 по делу № А29-5204/2021).

<sup>56</sup> Постановление АС Волго-Вятского округа от 10.02.2023 по делу № А17-1758/2021.

<sup>57</sup> П. 23 постановления Пленума ВС РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности». «Признание долга осуществляется в форме активного действия, которое позволяет кредитору сделать определенный, не допускающий двойного толкования вывод о том, что должник признает имеющуюся у него задолженность» (постановление АС Волго-Вятского округа от 14.06.2022 по делу № А11-9184/2019).

<sup>58</sup> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 25.01.2022 по делу № А45-9979/2021.

<sup>59</sup> Определение ВС РФ от 30.03.2022 № 310-ЭС22-2411.

<sup>60</sup> Постановление АС Московского округа от 31.01.2023 по делу № А40-171856/2021.

<sup>61</sup> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 25.01.2023 по делу № А03-3200/2022.

<sup>62</sup> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 06.08.2020 по делу № А75-15767/2018.

<sup>63</sup> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 04.06.2020 по делу № А03-9585/2018.

<sup>64</sup> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 04.06.2020 по делу № А45-20168/2019.

<sup>65</sup> Постановление АС Поволжского округа от 10.06.2019 по делу № А06-3563/2018.

<sup>66</sup> Постановление АС Московского округа от 07.12.2022 по делу № А40-126613/2020.

<sup>67</sup> Постановление АС Уральского округа от 21.05.2020 по делу № А07-41047/2017.

Указанные позиции судов приводят к нескольким выводам:

- 1) одно и то же обстоятельство может как означать признание долга, так и не влечь его; суды редко прибегают к оценке совокупности фактических обстоятельств дела, ограничиваясь оценкой одного факта;
- 2) позиция Пленума ВС РФ о квалификации признания долга сделкой, что должно повлечь за собой необходимость установления воли на совершение сделки, оказала незначительное влияние на суды или не оказала никакого влияния; суды ограничиваются установлением факта, видимо, выводя из факта волю на признание;
- 3) для квалификации действия в качестве признания долга суды не устанавливают мотив совершения действия и осознанное придание должником действию значения признания долга.

В Германии, напротив, подчёркивается, что признание долга не является сделкой, а представляет собой сделкоподобное действие, которое порождает юридические последствия вне зависимости от воли должника<sup>68</sup>. Заявление о признании долга делать не требуется, а фактического поведения, однозначно свидетельствующего о признании долга, достаточно для обновления исковой давности<sup>69</sup>. Не важно, желает ли должник обновления исковой давности, а важно, что у кредитора возникает доверие<sup>70</sup>, что должник готов исполнить обязательство после истечения исковой давности, а поэтому кредитор не предпринимает исполнительские действия. Доверие возникает через осуществление типичного поведения должником<sup>71</sup>. Понимание должником факта своего долга приводит к обновлению исковой давности, но даже при отсутствии такого понимания совершение действий, символизирующих признание долга, прервёт исковую давность.

Признание долга может следовать из конклюдентного поведения<sup>72</sup> или из молчания<sup>73</sup>. Это вопрос толкования<sup>74</sup>. Суду необходимо установить, находились ли

<sup>68</sup> Wolf M., Neuner J., Larenz K. Op. cit. S. 272.

<sup>69</sup> NomosKommentar B. G. V. Heidel, Thomas et al. (Hrsg.) Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2. 2012. S. 1623.

<sup>70</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.01.2015 – VI ZR 87/14. Любого – даже чисто фактического – поведения достаточно для признания долга, если из этого поведения очевидно следует понимание должника о существовании притязания и которое оправдывает веру кредитора в то, что должник не будет ссылаться на истечение срока исковой давности. Квалификация поведения как признание долга является предметом судебной оценки, ограниченной правилами толкования, правилами логики, основами опыта и процессуальными правилами.

<sup>71</sup> NomosKommentar B. G. V. Heidel, Thomas et al. (Hrsg.) Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2. 2012. S. 1625.

<sup>72</sup> Признанием долга признавались: внесение авансового платежа или задатка, оплата выставленного счета, предложение кредитору компенсации, предоставление сведений по запросу кредитора, утверждение должником годового баланса или иной финансовой отчетности с включением в нее долга по обязательству, выставление корректирующего перерасчета, просьба должника об отсрочке. Не признавались признанием долга: запрос должника с целью уточнения долга, признание основания иска без признания суммы задолженности, согласие должника проверить выставленный счет на оплату, запрос должника на выставление итогового счета. См.: Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 2352–2354.

<sup>73</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 01.03.2005 – VI ZR 101/04. Состояние переговоров (дискуссии) нужно понимать широко. Достаточно любого обмена мнениями, в котором должник не отвергает немедленно претензию. Когда должник спорит о размере компенсации, это значит, что кредитор и должник находятся в состоянии переговоров, в которых должник согласен с основанием притязания.

<sup>74</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.06.2002 – IX ZR 444/00. Суд указал, что при толковании необходимо учитывать сопутствующие обстоятельства, которые находятся за пределами акта изъяс-

стороны в состоянии переговоров (дискуссии) или в состоянии спора. Например, осуществление сальдирования или уменьшения договорной цены не будет являться признанием долга, т.к. свидетельствует о наличии спора<sup>75</sup>.

В Германии предпосылкой более объективированного подхода к пониманию признания долга, чем в России, является формулировка § 212 BGB, в соответствии с которой исковая давность начинает течь заново, если должник признаёт признание кредитора путём внесения задатка, выплаты процентов, предоставления обеспечения или иным способом. Таким образом, в тексте нет привязки к волевому элементу и есть привязка к конкретным действиям. Понимание признания долга как сделкоподобного действия отражается, например, на вопросе момента прерывания исковой давности. Не требуется восприятие кредитором совершаемого действия, а исковая давность прерывается в момент совершения действия, а не в момент, когда об этом действии узнали<sup>76</sup>.

По практике Верховного суда ФРГ устранение дефекта свидетельствует о признании долга<sup>77</sup>. Если и так, то эффект устранения дефектов должен быть ограничен признанием основания и обязанности по устранению дефектов, но не содержания основного обязательства<sup>78</sup>. Однако в судебном акте суд сделал оговорку, что признания долга не будет, если подрядчик сделал оговорку о выполнении работы из доброй воли и без признания правовой обязанности (*nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*). Исходя из этой практики, был сделан вывод, что только в исключительных случаях устранение дефектов при заявленном протесте может быть воспринято как признание долга<sup>79</sup>. Простое согласие произвести проверку для выявления дефектов и способов их устранения о признании долга не свидетельствует<sup>80</sup>.

---

ления и которые были понятны получателю, в случае неоднозначности формулировки изъясления. Хотя суд и не сделал такой вывод, но из такой позиции появляется субординирующая градация: сначала необходимо изучить формулировку изъясления на предмет однозначности, потом (в случае неопределенности) включить в предмет толкования иные обстоятельства.

<sup>75</sup> NomosKommentar B. G. V. Heidel, Thomas et al. (Hrsg.) Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2. 2012. S. 1625.

<sup>76</sup> Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015.S. 2349.

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.07.2014 – VII ZR 161/13. Оговорка о протесте взята из другого судебного дела (Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. August 2012 – VII ZR 155/10). Должник для признания долга должен ясно выразить свое согласие быть связанным. Необходимо учитывать все обстоятельства дела. Устранение незначительных дефектов может быть произведено и не как признание долга, а из доброй воли и в целях урегулирования спора. В этом деле подрядчик заявил заказчику, что работа была выполнена профессионально и без дефектов. В связи с тем, что подрядчик находился только в процессе выполнения работы и облицовочная часть работы еще не выполнялась, подрядчик заявил о готовности заменить черновую часть работы, т.к. для подрядчика это не требует каких-либо чрезмерных усилий. Выполнение работы «из доброй воли» как раз означает безвозмездность выполнения работы. При рассмотрении дела подрядчик заявил, что запрос заказчика нужно квалифицировать как отдельный заказ на дополнительные работы. Суд признал такой мотив выполнения работы имеющим место и отказал в обновлении исковой давности. Следовательно, вопреки объективированному подходу к пониманию признания долга протест при толковании поведения должника при решении вопроса об обновлении исковой давности должен иметь значение, учитываться судом и мешать квалификации поведения в качестве признания долга.

<sup>78</sup> Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 2348.

<sup>79</sup> NomosKommentar B. G. V. Heidel, Thomas et al. (Hrsg.) Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2. 2012. S. 1623.

<sup>80</sup> OLG Hamm BauR 1988 476 (477). Цит. по Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015.S. 2349.

Комментаторы, приводя ту же судебную практику Верховного суда ФРГ, занимают более строгий подход к вопросу устранения дефектов «из любезности», объявляя такой протест недействующим в связи с его «удивительностью» (нестандартностью, *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*) по § 305c BGB<sup>81</sup>.

Таким образом, германское право абстрактно восприняло как общее правило объективированный подход. Значение воли должника сведено к минимуму. В таком подходе протест о том, что поведение не должно восприниматься признанием долга, невозможен. Там, где нет сделки и влияния воли, не может быть и протеста. Протест – это проявление воли в квалификации своего поведения.

Однако германский объективированный подход на основе сделкоподобной природы признания долга рассыпается и не выдерживается в конкретных судебных делах. Наиболее известный протест – это заявление об отсутствии обязанности и о готовности выполнить работу или допоставку из соображений любезности. Такой протест германским правом допускается, но не исключает и признание долга, если суд в результате оценки совокупности обстоятельств придёт к выводу, что «любезность» не была решающим фактором. Поведение должника оценивается по правилам толкования и с учётом принципа *venire contra factum proprium*. Как указывает А.А. Павлов, перерыв исковой давности является следствием разумно сформировавшихся ожиданий ввиду рационального предположения последующего погашения имеющейся задолженности<sup>82</sup>.

Представляется, что получение протеста (например, при совершении многозначного действия или наличии иных мотивов в совершении действия) не даёт кредитору возможность рационально сформировать ожидание погашения задолженности. Там, где есть возможность толкования, там есть и возможность протеста, который оценивается по правилам толкования в случае расхождения протеста и фактического поведения.

Сравнивая российский подход о сделочной природе признания долга и германский объективированный подход, можно сказать, что в обоих случаях остаётся возможность заявить протест и запретить квалификацию своего поведения в качестве признания долга. Однако такое заявление не имеет решающего значения, а должно оцениваться судом наравне с другими фактическими обстоятельствами дела. Если

<sup>81</sup> Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. S. 2349, а также Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. Oktober 2005 – VIII ZR 16/05. В судебном решении было решено множество вопросов течения срока исковой давности при выявлении дефектов в поставленных сыпучих материалах, в т.ч. суд связал установление периода срока исковой давности с особенностями поставляемого товара, с задержками коммерсанта в реализации конечным приобретателям товара и влиянии перерыва и приостановления течения исковой давности на требования конечных приобретателей на требования к производителю. Также был поднят вопрос о соотношении устранения дефекта в поставке (§ 212 BGB) с новой поставкой (§ 438 BGB). Договором было предусмотрено, что любое устранение дефекта и любая новая поставка прерывает исковую давность. Такое условие исключает возможность протеста. Верховный суд ФРГ не отреагировал на это условие договора, удовлетворив требования истца, из чего следует, что суд косвенно поддержал возможность исключения договора будущими протестов и вменение квалификации устранения дефектов как признания долга. В приведенной ситуации подрядчик ставится перед выбором, устранить ли дефект без спора, обновив исковую давность по всем требованиям из договора о дефектах, или войти в спор о наличии обязанности по устранению дефекта.

<sup>82</sup> Павлов А.А. Перерыв исковой давности // Сборник научных статей к 65-летию А.П. Сергеева / отв. ред. Ю.В. Байгушева. М.: Статут, 2018. С. 170.

будет установлено, что фактическое поведение протестанта в конкретной ситуации привело к возникновению доверия адресата, то протест должен быть отвергнут.

## 5. Протест при актировании

Фактическое положение дел часто оформляется актами (акт приёма-передачи, о выполнении работ и оказании услуг, сверки, взаиморасчёта и т.д.). В акты нередко включаются замечания и делаются заявления. Какое значение имеют данные замечания и заявления?

Сам по себе акт имеет значение доказательства<sup>83</sup>. Это процессуальное значение акта. Соответственно, оценивать суду акт надлежит по процессуальным правилам (ст. 71 АПК РФ), а именно по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Каждое доказательство подлежит оценке судом наряду с другими доказательствами. Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы.

По мнению ВС РФ, «при подписании сторонами сделки документа, содержащего сведения о передаче имущества, вступает в силу презумпция того, что фактическая передача данного имущества состоялась, пока не доказано обратное»<sup>84</sup>. Таким образом, акт является типизированным способом оформления фактического положения дел, который не имеет решающего значения, но ввиду своей типизированности становится основанием для установления презумпции.

Идея установления презумпции свойственна учению о волеизъявлении и о конклюдентном поведении. В. Флуме исходил из того, что наиболее общим способом произведения юридического эффекта является волеизъявление<sup>85</sup>. Ключевое (конклюдентное) поведение (*schlüssiges Handeln*)<sup>86</sup> появляется в гражданском праве как противопоставление обычному письменному или устному волеизъявлению. Однако последнее всё равно остаётся общим правилом, конклюдентное поведение появляется как исключение из общего правила. Конклюдентное поведение всегда отражает волю лица, а иначе это уже ситуация «скрытой оговорки». Чтобы поведение стало конклюдентным, оно должно восприниматься как релевантное само по себе, как типичное с точки зрения стандартного участника оборота (кодовые слова, общепринятые знаки,

<sup>83</sup> Определение ВС РФ от 21.02.2017 № 305-ЭС16-14207.

<sup>84</sup> Определение ВС РФ от 04.02.2016 № 303-ЭС15-14545. Понимание акта как способа установления презумпции воспринято и судами нижестоящих инстанций. «Отсутствие передаточного акта объекта аренды само по себе не свидетельствует о неисполнении арендодателем обязательства по передаче имущества арендатору, если арендатор фактически использовал имущество или совершил действия, свидетельствующие о его принятии» (постановление АС Волго-Вятского округа от 23.12.2021 по делу № А79-11223/2020). См. также: постановления АС Восточно-Сибирского округа от 16.09.2020 по делу № А33-18229/2019, от 13.08.2019 по делу № А33-1384/2018; АС Дальневосточного округа от 03.07.2018 по делу № А51-12169/2017; АС Центрального округа от 01.04.2022 по делу № А48-1600/2021; АС Северо-Западного округа от 16.08.2021 по делу № А42-5833/2020 и др.

<sup>85</sup> Werner F. Op. cit. S. 72–78.

<sup>86</sup> Д. Медикус и Й. Петерсен отождествляют ключевое и конклюдентное поведение. См.: Petersen J., Medicus D. Op. cit. S. 146–147. Конклюдентное поведение – это невербальная коммуникация. Значение поведения определяется при помощи толкования. См.: Brehm W. Allgemeiner Teil des BGB. – Richard Boorberg Verlag, 2008. S. 105.

поведение согласно обычаям оборота). Конклюдентное поведение всегда осознаётся лицом как конклюдентное. Если такого осознания нет, то речь идёт о защите доверия ввиду создания видимости, что может иметь разный юридический эффект.

Из сказанного следует, что устное или письменное волеизъявление как типичное проявление волеизъявления порождает презумпцию фактического положения дел. Однако если акт подписан, а передачи товара, предмета аренды или лизинга, результата работы по факту не произошло, то передача не считается состоявшейся<sup>87</sup>. По некоторым категориям дел акт не является достаточным доказательством для подтверждения исполнения обязательства (например, при включении требования в реестр требований кредиторов<sup>88</sup> и при аффилированности кредитора и должника<sup>89</sup>). Составление акта является типичным моментом, к которому привязывается момент исполнения обязательства и возникновение обязательства по оплате, однако эта привязка диспозитивна<sup>90</sup>. Различные акты имеют разное значение с точки зрения правил бухгалтерского учёта<sup>91</sup>. Оспаривание акта является оспариванием факта исполнения обязательства<sup>92</sup>, т.е. спор должен идти не о доказательствах и процессуальном значении, а о материальном правоотношении. В связи с этим акт не может быть оспорен как недействительная сделка – это ненадлежащий способ защиты своего права, т.к. доказательство может быть опровергнуто другим доказательством, а оспаривание акта не приведёт к восстановлению нарушенного права<sup>93</sup>.

Возникает вопрос, чем замечания, сделанные в акте, отличаются от протеста, сделанного при приёмке товара или результата выполнения работ. Представляется, что разница только в форме. Замечание, сделанное в акте, так же, как и протест, представляет собой одностороннее заявление покупателя или заказчика о выявлении дефекта, несоответствии предоставления условиям договора, о факте проведения

<sup>87</sup> Определение ВС РФ от 24.12.2019 № 305-ЭС19-18275 («Составление акта приема-передачи предмета лизинга в ситуации, когда фактически предмет лизинга во владение и пользование лизингополучателя не поступил, не может свидетельствовать о надлежащем исполнении лизингодателем своих обязательств перед лизингополучателем»). Аналогично в п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда» («Наличие акта приемки работ, подписанного заказчиком, не лишает заказчика права представить суду возражения по объему и стоимости работ»).

<sup>88</sup> Определение ВС РФ от 24.03.2022 № 308-ЭС21-21416 (2).

<sup>89</sup> Определение ВС РФ от 08.05.2019 № 305-ЭС18-25788(2).

<sup>90</sup> «Условие контракта, определяющее дату исполнения обязательств по отдельным этапам как дату подписания заказчиком акта сдачи выполненного этапа работ, не должно ставить в зависимость от усмотрения заказчика период ответственности исполнителя за нарушение сроков выполнения работ» (определение ВС РФ от 15.10.2019 № 305-ЭС19-12786).

<sup>91</sup> Например, акт сверки не является первичным учетным документом (определение ВС РФ от 24.09.2019 № 305-ЭС19-9109). Акт приема-передачи долей в праве собственности на объект незавершенного строительства не свидетельствует о передаче фактического владения (определение ВС РФ от 09.03.2016 № 308-ЭС15-16377).

<sup>92</sup> Определения ВС РФ от 07.12.2017 № 310-ЭС17-12472, от 26.03.2020 № 305-ЭС19-24874.

<sup>93</sup> Об отказе в удовлетворении признания акта недействительным см.: определение ВС РФ от 21.01.2019 № 305-ЭС15-15877 (11). «Акт приема-передачи не является самостоятельной сделкой, а лишь оформляет отношения по передаче товарно-материальных ценностей, он не может быть признан недействительным по установленным для недействительности сделок основаниям» (постановление АС Московского округа от 25.01.2018 по делу № А40-81772/2017). Однако существует множество других судебных актов, оспаривающих действительность актов. Также указывается для целей банкротства возможность признания акта недействительным (постановление АС Московского округа от 02.02.2022 по делу № А40-28005/2017).

проверки или проведении проверки в будущем. Протест может быть сделан и в форме замечания. То, что акт подписан также со стороны подрядчика или поставщика, не означает выражение согласия с замечанием. Если акт приводит к установлению презумпции, то и заявление о протесте должно иметь аналогичное значение, т.к. и то и другое является прямым отражением воли в волеизъявлении. Фактические обстоятельства же могут опровергнуть установленную презумпцию.

Замечание в акте – это фиксация наличия спора на момент составления акта для установления презумпции наличия или отсутствия факта. В зависимости от договорного типа такая фиксация может иметь или не иметь юридического значения. Например, в ст. 720 ГК фиксация необходима для подтверждения проверки качества при приёмке для последующего предъявления претензий по явным недостаткам. Обязанность по осмотру, проверке качества и количества товара при приёмке также предусмотрена в договоре поставки (ст. 513 ГК). Напротив, по общим правилам договора купли-продажи проверка качества при приёмке не обязательна, а может быть осуществлена позднее (ст. 477 ГК).

Момент перехода права собственности, риска случайной гибели, исполнения обязательства может быть не привязан к моменту фактической передачи товара и результата работы (ст. 223, 458, 459 ГК). В силу п. 1 ст. 224 ГК передачей признаётся вручение вещи приобретателю. ГК различает момент и юридический эффект вручения товара как момент исполнения обязанности продавца и принятия товара как момент осмотра, проверки качества и количества товара. Следовательно, товар может быть вручён покупателю, но не принят им. Протест покупателя как одностороннее волеизъявление не способен изменить условие договора и повлиять на момент перехода права собственности, риска случайной гибели, исполнения обязательства, вручения и принятия товара. Однако согласие продавца, в том числе его фактическое поведение, с заявленным протестом может свидетельствовать об изменении условия договора.

Приведённые выше случаи протеста при приёмке товара, подтверждении действительности сделки и признании долга для целей перерыва течения исковой давности так или иначе сводятся к возможности лица указать, каким образом следует толковать его поведение. Отсюда возникает вопрос, вправе ли участник оборота запрещать каким-либо образом толковать своё поведение и вправе ли он указать, каким образом его поведение должно быть истолковано.

Для решения вопроса о допустимости протеста и сравнении его с фактическим поведением должен быть решён вопрос о диспозитивности или императивности ст. 431 ГК. Не пытаясь обсудить все проблемы частного права, некоторые из которых вечные, укажем лишь, что протест как сделочное волеизъявление требует восприятия кредитором. В этом и смысл протеста, чтобы довести до контрагента информацию и воспрепятствовать наступлению нежелательных последствий.

Т.к. протест – сделка, требующая восприятия, подлежит учёту «горизонт получателя» (*Empfängerhorizont*), под которым понимают совокупность материалов, которая находится в поле зрения гипотетического интерпретатора, включая знание обстоятельств, условий, предыдущих действий, речевых оборотов и языка, обычаев оборота<sup>94</sup>. Таким

<sup>94</sup> Heck P. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. AcP 112. 1917. Цит. по: Münchener. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, §§ 1–240 BGB, 4. Aufl. Beck, München. 2015. 1429.

образом, восприятие протеста преломляется «горизонтом получателя» и оценивается с позиции получателя, что служит защите доверия. Как следствие, появляются презумпции в толковании «*falsa demonstratio non nocet*» (неправильное обозначение не вредит) и «*protestatio facto contraria non valet*» (возражение против факта не действует). Однако, как отмечается, применение способов толкования в России и во многих странах осуществляется в «джазовом» стиле с несуществующим чётким алгоритмом<sup>95</sup>.

По вопросу возможности выбора способа толкования выделяют французский подход, относящийся к толкованию как к вопросу факта, и германский подход, относящийся к толкованию как к вопросу права<sup>96</sup>. О диспозитивности ст. 431 ГК отчасти свидетельствует и позиция Пленума ВС РФ<sup>97</sup>. Однако вопрос о диспозитивности или императивности ст. 431 ГК остаётся открытым.

В любом случае протест направлен на устранение той видимости, на которой основывается защита доверия. Протест должен быть оценён наравне с другими фактическими обстоятельствами и включён в «горизонт получателя», который помимо фактического поведения должен оценить и сделанное заявление о несогласии.

## 6. Заключение

Протест – это односторонняя сделка, требующая восприятия. Однако протест может быть оформлен соглашением сторон. Заявление протеста устанавливает презумпцию фактического положения дел, которая может быть опровергнута фактическими обстоятельствами. Протест может быть использован для устранения неопределённости или многозначности. Протестом лицо указывает на свою волю и придаёт значение своему поведению, а также препятствует наступлению нежелательных юридических последствий. Протест имеет место при совершении действий «из любезности», для защиты интересов своего контрагента или третьих лиц, при необходимости дополнительных размышлений и принятия решения, для соблюдения общепринятых этических норм поведения («из благочестия»).

<sup>95</sup> Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 2.0] / отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. С. 496–497 (авторы комм. к ст. 431 ГК – А.К. Байрамкулов, А.Г. Карапетов). Как указывается, модель «четырёх стен» волеизъявления (предельный «буквализм») сейчас в большинстве стран воспринимается как архаизм и неоправданный формализм.

<sup>96</sup> Байрамкулов А.К. Основы учения о толковании гражданско-правового договора // Вестник гражданского права. 2013. 6. С. 5–40.

<sup>97</sup> В соответствии с п. 43 постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» при толковании условий договора в силу абз. 1 ст. 431 ГК судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений (буквальное толкование). Такое значение определяется с учетом их общепринятого употребления любым участником гражданского оборота, действующим разумно и добросовестно (п. 5 ст. 10, п. 3 ст. 307 ГК), если иное значение не следует из деловой практики сторон и иных обстоятельств дела. «Буквальное толкование не является единственным и исключительным способом толкования договора согласно ст. 431 ГК РФ» (определения ВС РФ от 30.03.2021 № 44-КГ20-24-К7, № 44-КГ20-25-К7, № 44-КГ20-26-К7. Цит. по: Автонова Е.Д., Карапетов А.Г., Матвиенко С.В., Сбитнев Ю.В., Трофимов С.В., Фетисова Е.М. Обзор правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации по вопросам частного права за апрель 2021 г. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. № 6. С. 5–26).

Протест допустим в случаях, когда лицо имеет диспозицию в поведении. Протест не допускается там, где речь не идёт о волеизъявлении, а имеет место действие императивной нормы права. Допустимость протеста оценивается по «горизонту получателя», т.е. с точки зрения стандартного участника оборота с учётом фактических обстоятельств дела. Различные объективные теории, ставящие во главу угла объективный состав сделки и основное внимание уделяющие социально типичному поведению, ключевому (конклюдентному) поведению и фактическому поведению, не отменяют значение воли при совершении юридического действия, а чаще всего рассматриваются как исключение из общего правила.

Протестом допустимо воспрепятствовать квалификации своего поведения в качестве подтверждения действительности сделки и действий, свидетельствующих о признании долга. Если лицо было вынуждено совершить какое-либо действие или совершило бы его и в других обстоятельствах, то речь не может идти ни о подтверждении действительности сделки, ни о действиях, свидетельствующих о признании долга.

В настоящий момент действие запрета противоречивого поведения необоснованно расширено. Такой подход нуждается в корректировке. Совершение действий из соображений минимизации причинения вреда своему или чужому имуществу, предотвращение просрочки в условиях неопределённости, осуществление обычной для себя хозяйственной деятельности не может быть подтверждением действительности сделки.

Заявлением протеста можно воспрепятствовать принятию товара или результата работы, что не всегда будет свидетельствовать о впадении поставщика или подрядчика в просрочку. При определении момента перехода права собственности, риска случайной гибели, исполнения обязанности и принятия товара или результата работы необходимо учитывать невозможность принять решение «здесь и сейчас», против чего и может быть заявлен протест.

Не во всех случаях протест уступит место конклюдентному действию, а также принцип *protestatio facto contraria non valet* будет действовать не во всех случаях. Протест и фактическое поведение подлежат оценке по правилам толкования. И если протест будет более «весомым», т.е. станет ключевым поведением, и «перевесит» фактическое поведение, то приоритет должен быть отдан протесту.

