

УДК 347  
ББК 67.404  
А 43

**Составитель и ответственный редактор:**  
Андрей Владимирович Егоров, канд. юрид. наук,  
проф. кафедры гражданского права РШЧП

**А 43    Актуальные проблемы гражданского права: Сборник работ выпускников Российской школы частного права 2009 года. Вып. 14. — М.: Статут, 2012. — 511 с.**

ISBN 978-5-8354-0839-9 (в пер.)

Данная книга содержит статьи ряда выпускников Российской школы частного права 2009 г., основанные на их магистерских диссертациях с незначительной переработкой. Тематика статей разная, объединяют работы только закрытый круг авторов, частноправовая направленность, широкое обращение к иностранным источникам, а также удачный сплав теоретических знаний с анализом практических потребностей оборота, вследствие которого произведения магистров частного права приобретают значительный элемент вневременности. Иными словами, они посвящены «вечным» вопросам частного права, и значит, не устареют за несколько лет, прошедших с момента их написания, и не устареют еще значительное время, несмотря на возможное изменение законодательства.

В подробной вступительной статье ответственный редактор сборника объективно разбирает результаты каждой работы, а также высказывает мнение по некоторым смежным моментам, не нашедшим прямого воплощения в произведениях выпускников.

Книга может представлять интерес для научных и практических работников, студентов и аспирантов, интересующихся частным правом. Рекомендуются к прочтению людям, задумывающимся о поступлении в Российскую школу частного права.

УДК 347  
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-0839-9

© Коллектив авторов, 2012

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2012

## **Вводные соображения о работах выпускников РШЧП 2009 года**

Работы, попавшие в настоящий сборник, состоялись в виде магистерских диссертаций, защищенных выпускниками Российской школы частного права в 2009 г. Принцип отбора указанных работ однозначно описать достаточно сложно. С одной стороны, в сборник попали работы, при защите которых была поставлена отличная оценка. С другой стороны, личные предпочтения автора этих строк позволили обосновать включение в сборник некоторых работ, не получивших отличной оценки. Причины снижения оценки разбирать в данный момент не имеет смысла, у каждого они свои. Как правило, они связаны с тем, что диссертанту не хватило времени сделать работу завершенной, выверить выводы должным образом. Важно то, что системно выдержанные части указанных работ, публикуемые в настоящем сборнике в виде статей, подготовлены магистрами частного права на высоком уровне и достойны того, чтобы представлять РШЧП перед лицом широкой общественности.

Работы публикуются, как правило, не в полном виде, а с существенными сокращениями. Только просим читателя не путать слова «существенные» и «сущностные». В любой диссертации есть составляющая, продиктованная квалификационными требованиями к ней: введение, описание методологии, перечень использованных источников. Нередко, чтобы добраться до основной идеи, ради которой написана работа, исследователю приходится излагать вопросы общего плана, заявлять о своем к ним отношении и т.п. Подобные элементы исключены из публикуемых статей с тем, чтобы материал не выглядел псевдонаукообразным, но был компактным, концентрированным и написанным, что называется, «без воды», по существу. Иными словами, все проведенные исследования крайне актуальны как для правоприменения, так и для законотворческой деятельности. Это еще один критерий отбора работ выпускников.

Причем идея актуальности работ ни в коем случае не должна восприниматься примитивно. Речь не идет об описании законодательных «крючков», попытках толковать закон буквально, поймать законодателя «на слове», используемом им порой так неосторожно. Этого

юридического ширпотреба с избытком хватает на прилавках. У многих людей юрист прочно ассоциируется с умельцем выиграть дело, завернув какой-то хитроумный аргумент, или со специалистом затянуть процесс, пока нечистые на руку собственники выводят активы ответчика. Над формированием такого образа работает журналистика, прежде всего телевидение. Ничего общего с подобным «творчеством» предлагаемые вниманию читателя работы не имеют. Если он ищет этого, пусть примет наши соболезнования и положит эту книгу обратно на прилавок. В своих статьях молодые ученые ищут правду, пытаются нащупать справедливый баланс интересов сторон, т.е. занимаются правом в подлинном смысле этого слова. И только за таким правом будущее.

Работы, попавшие в сборник, получились совершенно разными. Каждый автор выработал свой стиль. Кому-то интереснее насытить работу как можно большим числом ссылок на переработанные в процессе написания диссертации источники. Кто-то, столкнувшись с отсутствием публикаций на избранную им тему, отдал предпочтение изложению собственных мыслей. Есть те, кто в больших объемах прибегает к цитированию и анализу судебной практики. Наконец, некоторые авторы решили сосредоточиться на описании зарубежного опыта регулирования.

Конечно, идеальная работа — та, в которой все отмеченные аспекты получили сбалансированное воплощение. Таких работ бывает немного, даже в Российской школе частного права. Но даже если в работе хорошо (реально хорошо, а не для галочки) отработан один из аспектов, это уже хороший результат. Наука права развивается коллективным трудом. Если автор обобщил все возможные источники, описал их и систематизировал, но не поднялся до уровня новых предложений, на его плечи встанет другой, более способный к аналитике, более прозорливый, но, например, не такой усидчивый. И поскольку вся подготовительная работа уже сделана до него, ему останется только сформулировать предложения, которые разовьют науку. То же касается анализа зарубежного опыта или судебной практики.

По-видимому, это достаточно очевидные вещи, так развивается любая наука, будь она общественной или точной. Но все равно хотелось сказать об этом. Часто про это забывают. Законы готовят экономисты, которые просто в силу образования не способны понять внутренних законов, по которым развивается право.

Более того, иногда право вообще не считают наукой. Процветает нормативизм. Конечно, это проще. Его проще объяснить, проще усвоить. Что написано в норме, то и правильно. Это распространенное заблуждение, причем не только российское. Видимо, вся мировая история

проходит по этому циклу. Только рано или поздно появляется диктатор, законы которого не имеют ничего общего с правом. Тогда общество разочаровывается в нормативизме, ищет другие объяснения праву, потом снова забывает историю, принимает законы, в которых пытается дать определение воды, леса, природы и т.п. Вот и цикл. Один из последних примеров – Федеральный закон о микрофинансировании<sup>1</sup>, который наверняка прославит Россию на долгие годы тем юмором, который в него заложен разработчиками. Они назвали договор займа на небольшую сумму договором микрозайма, думая, что вводят новый договорный тип в гражданское законодательство. Гениальная идея – законодатель сказал, значит, появился новый договор. Точка. Ученые спорят, залог – вещное право или обязательственное? Давайте запишем в раздел обязательственного права, и он станет обязательственным. Как все просто!

А тем временем за рубежом представлено иное понимание соотношения законодательства и права. Законодатель не может ничего предопределить для науки. Он должен учитывать ее достижения и разработки, если хочет, чтобы механизм правового регулирования работал эффективно. Таким образом, первична именно наука, а не норма!

Можно бесконечно долго рассуждать на эту болезную для нас тему, но, думается, будет достаточно подчеркнуть, что выпускников РШЧП учили не только и не столько нормативизму, сколько праву как инструменту установления баланса интересов и справедливости.

Далее хотелось бы кратко остановиться на основных моментах каждого сочинения, включенного в сборник, отметить и поддержать то, что понравилось больше всего, а также прокомментировать отдельные выводы, показавшиеся небесспорными. Думается, с учетом таких комментариев читателю будет проще сформировать собственное мнение по проблемам, поднимаемым выпускниками РШЧП.

**Алексей Георгиевич Федыко** подготовил публикацию на тему «**Недействительность сделок, совершенных под влиянием заблуждения**» под научным руководством редактора настоящего сборника. Рецензентом при защите диссертации А.Г. Федыко выступил магистр частного права Андрей Михайлович Ширвиндт.

Как справедливо указал А.Г. Федыко в самом начале своей работы, тема существенного заблуждения в сделке не пользуется популярностью среди отечественных ученых, большинство исследований относятся

<sup>1</sup> Федеральный закон от 2 июля 2010 г. № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 27.

к прошлому или даже позапрошлому векам, а в единственной современной диссертации А.Ю. Зезекало имеется большое количество весьма спорных моментов, А.Г. Федыко их демонстрирует.

Избранный автором сравнительно-правовой анализ современного российского права и усредненной европейской доктрины, отразившейся в проектах унификации европейского договорного права, весьма оригинален и полезен для развития отечественного права. Может быть, А.Г. Федыко слегка торопится, предлагая однозначно сделать выбор в пользу современных европейских наработок, но информацию к размышлению его работа дает весьма и весьма полезную.

В целом выводы автора, за некоторыми исключениями, о которых пойдет речь ниже, заслуживают поддержки. Отдельно следует отметить следующие идеи.

Вызывает одобрение то, что А.Г. Федыко по-новому оценивает соотношение понятий «ошибка» и «заблуждение» (раньше ошибка была разновидностью заблуждения, второй разновидностью считалось неведение), предлагая заблуждение (включая неведение) сделать частью более широкого понятия ошибки. Тогда другую часть понятия ошибки составят всякого рода описки, оговорки и т.п. Раз это полезно для права и практики, а также позволяет оформить систему научных понятий, то почему бы и нет, подумалось после прочтения указанного предложения.

Дело в том, что, как справедливо указывает автор, отечественной доктрине не свойственно понимать под заблуждением так называемые ошибки при волеизъявлении, т.е. оговорки, описки и т.п. (см. работы Н.В. Рабинович, О.В. Гутникова). Но позиция о том, что в этом случае имеет место порок воли, отличный от заблуждения, мало что дает для судебной практики. Практика вынуждена искать другую норму, на основе которой можно было бы оспорить сделку. И в ходе подобных поисков отыскиваются порой нормы, которые никак не предполагают решение поставленной проблемы. Например, в ряде дел сделка, в которой была допущена описка, признавалась судами ничтожной со ссылкой на ст. 153 (определение понятия сделки) и ст. 168 ГК РФ ввиду расхождения воли и волеизъявления.

При таком подходе описка или опечатка приводят к гораздо более суровым последствиям для сделки, чем самое существенное из заблуждений (ничтожность против оспоримости). На наш взгляд, это неправильно. В Германии, например, ошибки в волеизъявлении прямо поименованы в § 119 ГГУ, являющемся аналогом ст. 178 ГК РФ. Именно поэтому и в Концепции развития гражданского законодательства,

и в законопроекте, подготовленном в порядке реализации Концепции, описки, оговорки и опечатки занимают место в ряду заблуждений, позволяющих оспаривать сделку по ст. 178 ГК РФ. Отрадно, что А.Г. Федько не просто поддерживает данную идею, но и предлагает научное решение, позволяющее совместить между собой пороки выражения воли и пороки образования воли, объединив их в понятии «ошибка».

Кроме того, заслуга автора и в том, что после внесения ясности в научные понятия (соотношение заблуждения и ошибки) гораздо проще уже сейчас, до внесения упомянутых выше изменений в ГК РФ, применять положения ст. 178 Кодекса к случаям описки или опечатки в порядке аналогии закона.

Принципиально важно, что А.Г. Федько со ссылками на работы Е.А. Флейшиц и И.Б. Новицкого показывает, что указанные классики понимали перечень заблуждений, содержащийся в ГК, как не исчерпывающий, а лишь примерный. Напрашивается вывод, что сейчас все просто забыли, как надо обращаться с указанной нормой. Господствующая практика судов и подходы некоторых ученых (А.Ю. Зезекало, О.В. Гутников) закрывают указанный перечень из абз. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ, дописывая в него подразумеваемое слово «только». И ничего из этого хорошего не получается. Бесследно пропадает из нормы, например, заблуждение в личности контрагента, которое представлено практически во всех зарубежных правовых порядках. Примечательно, что О.В. Гутников, уничтожая своим придуманным словом «только» возможность оспаривания заблуждения в лице контрагента по действующей редакции ст. 178 ГК РФ, сожалеет о невозможности такого оспаривания и предлагает вносить изменения в закон, устанавливающие такую возможность. Совершенно непонятно при этом, зачем такие сложные ходы.

И хорошо, что данную позицию диссертант не поддерживает, а предлагает вернуться к классическим подходам.

Никак не можем согласиться с точкой зрения, выраженной в совместном заключении Д.О. Тузова, А.Ю. Зезекало и Б.Л. Хаскельберга, на концепцию реформирования общих положений ГК РФ. Критика звучит буквально следующая: *«В Концепции ставится несущественный, как представляется, вопрос о взаимосвязи первого и второго абзацев п. 1 ст. 178 ГК. Характер этой взаимосвязи практически не вызывает сомнений в современной литературе и находит достаточно однозначную трактовку в судебной практике. Очевидно, что в абз. 1 вводится общее правило о допустимости оспаривания сделки, совершенной под влиянием*

существенного заблуждения, а в абз. 2 перечисляются возможные виды такого заблуждения. Очевидно также и то, что этот перечень является закрытым».

Может быть, кому-то это и очевидно, но только не разработчикам Концепции и не примкнувшему к ним выпускнику РШЧП А.Г. Фелько. По-видимому, мало ограничиться тем, чтобы сослаться на очевидность какого-то мнения. Необходимо привести доказательства. Они-то как раз со стороны указанных ученых не прозвучали.

В законопроекте о внесении изменений в ГК РФ предлагается следующая юридическая техника: в п. 1 ст. 178 дается понятие существенного заблуждения и перечисляются его критерии, а в п. 2 устанавливается, что при наличии условий, предусмотренных п. 1 данной статьи, заблуждение предполагается существенным, в частности, в случаях, прямо указанных в п. 2. Таким образом, оборот «в частности» отчетливо делает указанный перечень заблуждений, и так гораздо более широкий, чем содержится в действующей редакции ст. 178 ГК РФ, открытым. Иными словами, могут быть заблуждения, не поименованные в данном перечне, которые суд признает существенными исходя из обстоятельств конкретного случая. Главное, чем при этом должен будет руководствоваться суд, это критерии, закрепленные в п. 1 новой редакции ст. 178 ГК РФ.

А.Г. Фелько высказывается в пользу принципа каузальности заблуждения. Каузальность оценивается им с точки зрения того, совершило бы лицо сделку или нет, зная о действительном положении дел и разумно оценивая ситуацию. Подобный подход автор предлагает воспринять и в отечественном праве, с чем можно согласиться. Собственно, так и происходит, несмотря на несогласие с этим некоторых ученых (снова заключение на Концепцию Д.О. Тузова, А.Ю. Зезекало, Б.Л. Хаскельберга).

В законопроекте о внесении изменений в ГК РФ п. 1 ст. 178 сформулирован в следующем виде: «1. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения, если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о реальном положении дел».

А.Г. Фелько предлагает критически взглянуть на расхожее представление о том, что заблуждение относительно правовых норм никогда не может иметь существенного значения для оспаривания сделки. И хочется сказать: действительно, он прав. Нельзя огульно ссылаться

на то, что каждый должен знать законы, поскольку это приводит к разрыву между правом и действительностью. Может быть, в вопросах привлечения к ответственности это оправданно, но в отношениях эквивалентного товарообмена — не вполне. Другая сторона сделки не страдает необратимо от того, что сделка, в отношении правовых последствий которой сторона ошиблась, будет оспорена, ведь указанной стороне будет компенсирован ее интерес. В условиях масштабной правовой неграмотности населения Российской Федерации невозможность оспаривания сделки, о правовых последствиях которой сторона заблуждалась, может привести в том числе к росту социальной напряженности. Так происходит уже сегодня, когда многие жители села — владельцы земельных долей, внесшие эти доли в качестве вклада в уставный капитал акционерного общества, созданного на базе прежнего совхоза или колхоза, осознают, что они не понимали юридического значения такой операции, как вклад в уставный капитал. Люди, не думавшие, что они утрачивают право на землю и получают взамен эфемерное право участия в юридическом лице, начинают думать, что их обманули. И обман приписывается прежде всего государственной власти, а не конкретным инициаторам сбора земельных долей в акционерном обществе. Отсюда недалеко до вывода о том, что власть имеет антинародный характер. Чем опасны такие настроения в обществе, специально объяснять не надо.

Более того, практически каждый судья (профессиональный юрист) в своей жизни ошибался, и его решения отменяли. Странно, если судья, понимая это, будет требовать от обычных граждан безошибочной правовой оценки складывающихся отношений.

Демонстрируя знание германской доктрины<sup>1</sup>, А.Г. Федько правильно подчеркивает, что российский ГК неточен, утверждая, что заблуждение в мотивах сделки не имеет существенного значения. Ведь перед этим сам Кодекс приводит пример заблуждения в мотиве (в качествах вещи, например). В этом, конечно, кроется противоречие. К сожалению, оно будет воспроизведено и в новой редакции ГК РФ (если реформа пройдет успешно). Важно и то, что подобный подход Кодекса, по-видимому, проистекает из ошибки ряда дореволюционных ученых, отказавшихся от наработок германской доктрины в этой части. Это как сигнал доктрине никогда не прекращать работу по собственному совершенствованию и не игнорировать взгляды зарубежных ученых.

<sup>1</sup> Heinrichs in: Palandt. Kommentar zum BGB. 59. Aufl. Muenchen, 2000 S. 86. Rn. 23.



Разумеется, мы можем сказать, что ошибка в свойствах вещи – это не заблуждение в мотиве стороны, а что-то другое. Но просто утверждать что-либо мало, необходимо приводить доказательства. Таких доказательств в отечественной литературе мы не встречали. Германская доктрина поступает иначе – упомянутые в § 119 ГГУ конкретные основания заблуждения (ошибка в качествах лица или вещи, имеющих существенное значение для оборота) она называет заблуждениями в мотиве, в виде исключения позволяющими оспаривать сделку. Остальные заблуждения в мотиве (как в побудительной причине для совершения сделки – ошибка в стоимости вещи, счетная ошибка и пр.), конечно, не дают возможности оспаривания сделки и в Германии<sup>1</sup>.

Если лицо покупает автомобиль, но ошибается в его грузоподъемности (т.е. в его свойствах), какая именно это ошибка? На наш взгляд – в мотиве, сформировавшем волю на конкретную сделку<sup>2</sup>. Иной пример: лицо заказало блюдо в ресторане, а когда ему приносят заказ, оно видит, что в состав ингредиентов входит продукт, вызывающий у данного лица сильную аллергическую реакцию. Заблуждение это в свойствах предмета сделки? Думается, да. Заблуждение ли это в мотиве, которым было желание принять пищу, безопасную для собственного здоровья? По-видимому, тоже да. Хотя лицо могло даже не задумываться в момент заказа о том, что конкретного продукта не должно быть в составе блюда.

В конечном счете мы полагаем, что работа по разграничению мотивов и тех соображений, которые могут служить основанием существенного заблуждения, еще предстоит. Очень хорошо, что А.Г. Федько затрагивает данную проблему. Будем ждать откликов.

Вообще, надо заметить, что данный автор дает оценку предложениям, содержащимся в Концепции развития гражданского законодательства (общих положениях). И пока это лучшая критика из того, что пришлось видеть до настоящего времени. Можно не соглашаться с диссертантом, придерживаясь других взглядов, но критика правильна и, можно сказать, свободна от ошибок, чего, к сожалению, нельзя сказать об иных критических замечаниях, поступивших в адрес Концепции.

С чем в работе А.Г. Федько можно спорить?

<sup>1</sup> Palandt. Kommentar zum BGB. 59. Aufl. München. S. 87. Rn. 29.

<sup>2</sup> Заметим, что положительный ответ на данный вопрос еще не предопределяет ответа на вопрос, можно ли оспорить данную конкретную сделку. Сначала мы отвечаем на вопрос, имело ли место заблуждение, а далее должны исследовать его существенность, т.е. соблюдение условий, установленных в п. 1 ст. 178 ГК РФ в редакции, предлагаемой законопроектом о внесении изменений в ГК.

Он справедливо отмечает целый ряд недостатков отечественного правопорядка по части недействительности сделок (отсутствие реальной защиты добросовестных контрагентов и т.п.). Однако нельзя согласиться с тем, что общую проблему защиты стабильности оборота необходимо решать за счет конкретных составов недействительности сделки. А.Г. Федько по сути предлагает следующее: раз в России (в отличие от Германии, например) в случае признания сделки недействительной наступают достаточно неприятные для всего оборота правовые последствия, то давайте в России не признавать как основание оспаривания сделки такое заблуждение, которое безусловно будет признано в Германии. Такой «ответ» нам представляется неадекватным. Надо лечить болезнь, а не снимать ее симптомы (ограничивая другие правовые институты).

Автор выходит на правильную проблему, но дает такое ее решение, которое далее сильно влияет на конечные выводы. Но если вдруг окажется, что данное решение неверно, то база из-под выводов уходит. Речь идет о следующем. Если А продал Б картину, думая, что это работа неизвестного художника, а это шедевр известного мастера, цена которого в десятки или сотни раз выше, чем согласована сторонами, то сделка может быть оспорена по инициативе А. Но если к моменту оспаривания Б уже продал картину кому-то еще, диссертант полагает, что по действующим российским правилам о реституции Б вынужден будет отдать А реальную цену этой картины, а не ту, в которую она была оценена в их договоре с А. Вот это как раз спорно. Природа реституции в подобной ситуации – неосновательное обогащение (см. об этом в многочисленных работах Д.О. Тузова). И тут многое зависит от того, по какой цене Б продал картину третьему лицу. Если он продал ее за небольшие деньги (как работу неизвестного художника), то его нельзя признать обогатившимся за счет А. И только если работа продана Б уже после того, как ему стала ясна реальная цена картины, и за большие деньги, то здесь Б неосновательно обогатился за счет А и должен ему будет уплатить значительную сумму. Тут же возникнет вопрос: не может ли А истребовать вещь у третьего лица? Если он вправе будет ее истребовать, у Б отпадет какое-либо неосновательное обогащение в принципе.

В проекте изменений в ГК РФ содержится ряд предложений, позволяющих учитывать добросовестность другой стороны и то, могла ли она распознать заблуждение своего контрагента, но его авторы не заходят так далеко, как предлагает А.Г. Федько вслед за разработчиками европейских консолидированных актов.

В п. 3 проектируемой ст. 178 ГК РФ закрепляются дополнительные основания, служащие препятствием для признания сделки недействительной даже в том случае, если она заключена при существенном заблуждении (п. 1–2 ст. 178).

Исходя из принципа добросовестности сторона, которая находилась в существенном заблуждении, не может оспаривать сделку, если, прежде чем для нее успели образоваться неблагоприятные последствия из-за этой сделки, другая сторона предложит осуществить договор так, чтобы он отвечал содержанию, виду и образу сделки, которую намеревалась заключить заблуждавшаяся сторона (в проекте – абз. 1 п. 3 ст. 178 ГК РФ).

Дополнительный критерий, направленный на сохранение стабильности оборота и учет интересов стороны, с которой другое лицо вступает в сделку под влиянием собственного заблуждения, предусматривается в проекте абз. 2 п. 3 ст. 178 ГК РФ: *«Суд может отказать в признании сделки недействительной, если заблуждение, под влиянием которого действовала сторона, не могло бы распознать лицо, действующее с обычной осмотрительностью и с учетом содержания сделки, сопутствующих обстоятельств и особенностей сторон».*

Однако даже при наличии подобной абсолютной добросовестности другой стороны суд не отказывает в оспаривании сделки автоматически (как предлагается в *DCFR* и работе А.Г. Федыко). Суд вправе это сделать, взвесив все заслуживающие внимания обстоятельства конкретного случая, в котором сталкиваются интересы двух участников оборота, в частности то, могут ли надлежащим образом быть компенсированы потери добросовестного контрагента заблуждавшейся стороной.

Наконец, в проекте п. 4 ст. 178 ГК РФ уточняется, что обязанность заблуждавшейся стороны по возмещению реального ущерба, возникшего у другой стороны, наступает не во всех случаях, а только когда другая сторона не знала о наличии заблуждения и не должна была знать об этом. Подобное регулирование в большей степени отвечает требованиям добросовестности поведения сторон в гражданском обороте.

На наш взгляд, на современном этапе реформирования отечественного законодательства этого достаточно. Дальше надо будет проанализировать судебную практику, и если норма, позволяющая суду оставить сделку в силе при наличии добросовестности другой стороны, получит широкое применение на практике, можно будет говорить о допустимости дальнейшего движения в сторону европейских порядков (при условии, что и там разработанные в *DCFR* новые нормы зарекомендуют себя положительно).

Ирина Амирхановна Галяутдинова подготовила статью по теме «Плавающее обеспечение (*floating charge*) в английском праве».

Научным руководителем И.А. Галяутдиновой был магистр частного права Владимир Александрович Жуков, рецензентом по ее одноименной диссертации — магистр частного права, кандидат юридических наук Вадим Викторович Плеханов.

Отечественная правоприменительная практика постепенно начинает осознавать, что российский институт залога товаров в обороте — это далеко не простая разновидность классического залога вещей. Это институт, балансирующий на грани залога и какой-то новой, самостоятельной, далеко не очевидной с точки зрения правовой политики обеспечительной конструкции.

Статья И.А. Галяутдиновой, написанная по английскому праву, тем не менее является крайне актуальной для России, поскольку английский институт плавающего обеспечения напоминает российский залог товаров в обороте.

Англо-американское право славится тем, что не акцентирует внимание на строгости, выверенности и логической связанности правовых конструкций, а создает конструкции, удобные для участников оборота, причем либерально ориентированные, не ограничивающие свободу договора без нужды. Но если в англо-американском праве мы нашли какие-либо ограничители сформировавшейся правовой конструкции, это очень серьезный сигнал к тому, что в отечественной правовой конструкции, не знающей подобных ограничений и рамок, что-то не в порядке.

Прежде всех к выводу о том, что в отечественной конструкции залога товаров в обороте чего-то не хватает, пришли те кредиторы, которые попытались реально реализовать принадлежащее им право залога, обратив взыскание на товары в обороте. Выяснилось, что сделать это возможно только при условии, что залогодатель является добросовестным лицом, готовым всецело сотрудничать с залогодержателем. Как только ситуация меняется (а многие догадываются, что так бывает часто), право залогодержателя практически невозможно осуществить.

Никто не знает, например, что должен суд написать в резолютивной части решения об обращении взыскания на заложенное имущество — абстрактную фразу (вроде «обратить взыскание на товары в обороте») или поименовать конкретно, на какие вещи оно обращается? Если идти по пути абстрактной фразы (как делают многие судьи), непонятно, как будет исполнять решение суда пристав-исполнитель, ведь нередко заложенными являются не любые вещи, принадлежащие должнику,

а только какая-то их часть (в том числе часть товаров, находящихся в обороте). В этом случае задача индивидуализации конкретных вещей, которые в конкретный момент времени отвечают перед кредитором, исходя из существа вопроса должна возлагаться на суд как орган, делающий вывод о праве, а не на орган фактического исполнения (пристава). Таким образом, суд должен поименовать в решении, на какие конкретно товары обращается взыскание. Но сделать это можно, только «остановив оборот» этих товаров. В противном случае решение суда окажется неисполнимым, так как на следующий день товары, принадлежавшие залогодателю на момент вынесения решения суда, могут быть проданы и заменены другими товарами, в отношении которых суд решения не принимал.

Остановка оборота как условие обращения взыскания на имущество, переданное в залог по правилам о залоге товаров в обороте, — вот в чем заключается важнейший пробел современного российского законодательства, без заполнения которого данный институт не сможет нормально функционировать. По сути, это и доказывает в своей работе И.А. Галяутдинова, поскольку подробно разбирает конструкцию «кристаллизации» плавающего обеспечения, разработанную в английском праве. К сожалению, в российской науке до настоящего времени этот вопрос активно не поднимается<sup>1</sup>. Тем более важной является подсказка участникам отечественного оборота, которую легко можно усмотреть в комментируемой статье выпускницы РШЧП, — не надеясь на «остановку оборота» (кристаллизацию) в силу положений закона, следует большое внимание уделить договорным условиям, позволяющим определить момент, с которого залог товаров в обороте преобразуется в классический залог.

Кристаллизованное плавающее обеспечение в Англии преобразуется в твердое, объектами которого становится все имущество, которое есть в наличии у компании, и имущество, на которое компания приобретает впоследствии права<sup>2</sup>. Используя отечественные термины, можно

<sup>1</sup> Даже в фундаментальном труде «Договорное право» проблематике всего залога товаров в обороте уделено менее одной страницы. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М.: Статут, 2007. С. 553.

<sup>2</sup> *Goode R. Legal Problems of Credit and Security*. 3<sup>rd</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2003. P. 134. По мнению Р.Дж. Мокала, ключевым недостатком механизма плавающего обеспечения является то, что держатель плавающего обременения может даже не знать, какое имущество является объектом обеспечения и сколько оно стоит. Создание последующих твердых обеспечений и аккумуляция новых преимущественных требований, а также способность должника отчуждать объекты обеспечения свободно от обременения могут размыть обеспечение держателя *floating charge* (*Mokal R.J. The Floating Charge —*

сказать, что залог товаров в обороте преобразуется в классический залог. Это первое важнейшее правило не упоминается ни в ст. 357 ГК РФ, ни в Законе о залоге 1992 г. Отсутствие данного правила существенно осложняет жизнь залогового кредитора и в обычной, «добанкротной» стадии, так как сложно понять, каким образом можно в принудительном порядке обратить взыскание на предмет залога — например: что именно должен написать судья в решении об обращении взыскания на заложенное имущество, следует ли, как при обычном залоге, перечислить конкретное имущество и т.п.? Тем более остро отсутствие подобного правила проявляется в деле о банкротстве.

Не менее важным для российского читателя является почерпнутое И.А. Галяутдиновой в английской литературе различие между твердым и плавающим обеспечением, которое выражено в следующей фразе: «Твердое обеспечение для преимущественного удовлетворения требований, плавающее обеспечение для контроля»<sup>1</sup>.

Английские юристы признают, что в сравнении с твердым обеспечением плавающее обеспечение не позволяет держателю плавающего обеспечения эффективно осуществлять контроль над должником, а также получить преимущественное удовлетворение требований в подавляющем большинстве сделок, где должник становится несостоятельным.

Держатель твердого обеспечения получает преимущество в доходах от продажи имущества, служащего обеспечением, над всеми другими кредиторами должника. При этом требования из плавающего обеспечения в Великобритании располагаются в очередности не только после требований держателей твердого обеспечения в отношении того же самого имущества, но также после требований кредиторов, имеющих право на преимущественное удовлетворение требований<sup>2</sup>. Данное правило впервые было введено Законом Великобритании 1897 г. в части преимущественных платежей при банкротстве. Получается, из этих особенностей российский законодатель, провозгласивший залог товаров в обороте, не учитывает ничего. Опыт столетней давности не воспринят. Что же проявляется в этом, если не безответственное отношение к регулированию сложнейшей материи?

Можно высказать также ряд политико-правовых соображений в адрес института залога товаров в обороте. Хотя этот аспект напрямую

an Elegy // Commercial Law and Commercial Practice / Ed. S. Worthington. Hart Publishing, 2003. P. 479–480).

<sup>1</sup> Mokal R.J. Liquidation Expenses and Floating Charges — the Separate Funds Fallacy // Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly. 2004. № 3. P. 396.

<sup>2</sup> Ibid. P. 397.

И.А. Галяутдиновой не затрагивается в статье, тем не менее подобранный ею материал заставляет задуматься прежде всего именно о том, нужен ли подобный институт, справедлив ли он, создает ли он честный баланс интересов должников и кредиторов<sup>1</sup>.

Институт залога товаров в обороте начинает посягать на важнейшие основы действующей системы гражданского права. Эти основы сводятся к тому, что лицо отвечает всем своим имуществом по своим обязательствам перед кредиторами и что очередность, в которой кредиторы получают удовлетворение при банкротстве должника, регулируется законом, а не соглашением сторон.

К чему же может быть сведен залог товаров в обороте? Кредитор выговаривает себе возможность особого статуса залогового кредитора, имея в виду, конечно, возможность неблагоприятного развития событий, а попросту говоря, — банкротство должника. И право залога кредитора будет распространяться на любое имущество, которое будет приобретено должником для использования в его предпринимательской деятельности. Нет, могут возразить — не на любое имущество должника, приобретаемое в будущем, а только на отдельные, оговоренные заранее его виды (товарные запасы, сырье, готовую продукцию). Но кто знает, может быть, в конкретной ситуации речь пойдет о торговой компании, у которой товары в обороте — главный или единственный актив. Кроме того, возможно, это первый шаг, и завтра, если институт залога товаров в обороте приживется, не будет отторгнут нашим правопорядком, последуют новые институты залога, еще более смещающие баланс интересов в пользу отдельных кредиторов (в ущерб прочим кредиторам). Образуется плацдарм, с которого гораздо проще сделать следующий шаг, чем если бы подобное предложение появилось на пустом месте и могло встретить организованный отпор. Появятся договоры, по которым право залога будет возникать у кредитора на любое будущее имущество должника. И чем эти договоры будут отличаться от нынешнего залога товаров в обороте, хотелось бы узнать? Автор не видит существенных отличий. А значит, хорошо быть банком, который при выдаче кредита может уговорить заемщика практически на любые невыгодные условия, невыгодные прежде всего с точки зрения иных кредиторов. А хорошо ли быть потерпевшим вред от должника лицом, которое не догадалось накануне причинения вреда заключить с должником аналогичное соглашение, а тщетно надеялось иметь при банкротстве должника равное

<sup>1</sup> Подробнее см.: *Егоров А.В. Залог и банкротство: актуальные вопросы // Несостоятельность (банкротство): Научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / Под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2010. С. 76–85.*

правовое положение с упомянутым банком? А далеко ли от этого до абстрактного законодательного разрешения устанавливать очередность удовлетворения своих требований при банкротстве должника прямо в соглашении с ним? На наш взгляд, совсем не далеко. Только понятно, кто будет соревноваться в том, чтобы быть «первее», а кто будет плестись в хвосте очередности кредиторов, не имея возможности заставить должника заключить с собой подобный договор.

Уже сейчас на практике на основе сомнительной теоретической концепции выстраиваются невиданные юридические комбинации, при которых выработать решение с использованием арсенала классических правовых конструкций российского гражданского права практически невозможно. Например, договариваются, что товары в обороте на сумму до 600 тыс. руб. обеспечивают требования залогодержателя А, а остальные товары обеспечивают требования залогодержателя Б (имеется в виду, что в обороте находятся товары на сумму свыше 1 млн руб.). Какая конкретно банка мясных консервов обеспечивает требования первого залогодержателя, какая второго, невозможно установить. Они вместе обеспечивают, обезличенно. Получается что-то вроде первоначального и последующего залогов, установленных в отношении совокупности товаров. Но ведь совокупность товаров не вещь, на нее нельзя установить вещное право (залог).

Обоснование залога товаров в обороте, если смотреть на него через призму залога будущих вещей, каким этот вид залога по существу является, идет намного дальше традиционного залога, связанного с конкретной вещью. Если классический залог делает небольшой шаг в сторону установления договором собственного привилегированного положения по сравнению с другими кредиторами, небольшой и сопровождаемый рядом оговорок, а потому относительно приемлемый, то залог товаров в обороте представляет собой значительный скачок в том же направлении, при котором количество начинает переходить в качество. Качество, как было показано выше, неприемлемое с точки зрения справедливого установления баланса интересов участников гражданского оборота.

Настало время наконец продумать смысл данного института, и прежде всего целесообразность его сохранения, имея в виду вышеизложенные соображения, а также то, что пишут авторы континентальной системы права: «...американская система плавающего обеспечения по существу является достаточно простой, поскольку она радикально отступает от всех традиционных концепций о существе залога, необходимости его идентификации, о праве распоряжения этим предметом,



необходимости его передачи [залогодержателю. — *Авт.*], и подтвердила свою эффективность. В иных странах происходят значительные колебания, в том числе из-за системных ограничений. Особенно в системах континентального гражданского права (*civil law*) современные непосessorные обеспечительные средства еще только предстоит включить в традиционную систему с ее строгими требованиями к существу, идентификации, распорядительным правам и передаче предмета обеспечения. Все это создает большие проблемы при решении вопросов о распространении обеспечения на будущее имущество в неизменном виде и с отнесением обеспечения к моменту его установления, а не к моменту появления данного имущества, особенно если должник к этому времени оказался банкротом»<sup>1</sup>.

Мы видим, что каждая страна учитывает свои специфические особенности, оценивая приемлемость иностранных институтов.

Вообще, откуда взялся институт залога товаров в обороте? Предшествовала ли его введению большая интеллектуальная деятельность? Защищались ли кандидатские и докторские диссертации, обосновывавшие его необходимость? Когда он введен в наше право? Его ведь не было ни в ГК 1922 г., ни в ГК 1964 г. Да, небольшая работа А.В. Венедиктова «Залог товаров в обороте и переработке в Западной Европе и в СССР» (1928 г.) показывает, что в 20-х годах прошлого столетия, когда в Германии активно обсуждались проблемы публичности залога, отголоски данного обсуждения затрагивали и советских юристов. Под занавес нэпа даже были приняты нормативные акты (Декрет ВУЦИК и СНК УССР от 20 ноября 1926 г. и Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 25 августа 1927 г. о залоге товаров, находящихся в обороте и в переработке). Тем не менее содержание имевших место обсуждений показывает, что речь шла о залоге товаров в обороте как противовесе исключительно посessorному залогу по германскому образцу, принятому в то время в России (см. ГК РСФСР 1922 г.). При таком залоге публичность права залогодержателя обеспечивалась бы не владением, а каким-то иным образом, о котором как раз и спорили: то ли это должны были быть доски, прибываемые на входе в товарный склад, то ли нотариальная форма и регистрация, то ли такой вид залога следовало допустить только для банков, находившихся под строгим контролем Наркомфина, и т.п. Предлагались разные способы защиты от залога, совершенного задним числом, в ущерб кредиторам. А.В. Венедиктов,

<sup>1</sup> *Dalhuisen J. On Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law. 3<sup>rd</sup> ed. 2007. P. 963.*

понимая все угрозы, которые влек за собой подобный залог, предлагал его допустить именно как наименьшее зло, опасаясь, что российская практика пойдет вслед за немецкой, ошибочной (по его мнению), которая в итоге допустила фидуциарную передачу товарного склада в собственность залогодержателя<sup>1</sup>.

Надо полагать, что по мере сворачивания нэпа актуальность залога товаров в обороте резко сошла на нет. Иначе сложно объяснить, почему данный институт не был закреплен в ГК РСФСР 1964 г.

Вновь он появился в Законе РФ «О залоге» в 1992 г. — в момент заката старой системы права, когда юристы и ученые не знали о гражданском обороте и не понимали в гражданском праве и десятой части того, что они знают и понимают сегодня. Подчеркнем — о современном гражданском праве, о том, которое действует в современных капиталистических отношениях.

Как этот институт попал в Закон? История покрыта мраком. Не сохранилось ни комментариев разработчиков, которые, не исключено, скромно пожелали остаться неизвестными, не имеется сведений о какой-либо дискуссии, научной проработке и подготовке данного вопроса.

Маловероятно, что разработчиками был воспринят небольшой отечественный опыт 20–30-х годов прошлого века; еще менее вероятно, что разработчики Закона базировались на римском праве, хотя в одном из отечественных учебников по римскому праву упоминается залог товаров в лавке, служащий, по мнению ученых, прототипом современного российского залога товаров в обороте<sup>2</sup>. Упоминается, основанный на одном из высказываний Сцеволы, и не более того.

Таким образом, надо полагать, появился данный институт за рубежом. Что касается континентального права, то аналога этому институту вплоть до настоящего времени не знает ни ФГК, ни ГГУ. Это, с одной стороны. А с другой стороны, получается, что он остался в недрах пандектистики, не пробившись на уровень кодификации ни в Германии, ни во Франции. Тому, по-видимому, были веские причины. И вопрос этот ждет своего исследователя.

Иначе дело обстоит в английском и американском праве, в которых существуют широко применяемые и разработанные институты *floating charge* («плавающее обеспечение») и соответственно *floating*

<sup>1</sup> См. эту весьма примечательную работу в кн.: Венедиктов А. В. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2004. С. 207–216.

<sup>2</sup> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого, проф. И. С. Петерского. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 386.

*lien* («плавающее удержание»). И так они похожи на институт залога товаров в обороте, что предположение «об авторстве» напрашивается само собой. Мнения об аналогии институтов залога товаров в обороте и *floating charge* придерживается и профессор Ф. Вуд<sup>1</sup>.

Если так, то разумно заимствовать правовой институт из иностранного правопорядка не сам по себе, а вместе с теми наработками, которые по нему имеются в стране происхождения. И тут самое время нам прервать собственное изложение и адресовать читателя непосредственно к статье И.А. Галяутдиновой.

**Павел Александрович Меньшенин** выбрал в качестве темы своей диссертации «**Предварительный договор и сферу его применения**». Научным руководителем автора выступил научный редактор данного сборника, рецензентом — магистр частного права, кандидат юридических наук Мария Андреевна Ерохова.

Научные работы по проблематике предварительных договоров достаточно редки, причем не только в стенах Российской школы частного права, но и вообще в науке гражданского права. Поэтому работа П.А. Меньшенина выполняет важную функцию, обращая внимание на данную проблематику, описывая проблемы нормативного регулирования и предлагая пути их решения.

К несомненным достоинствам данного произведения можно отнести высокий уровень систематизации изложения. С подобным «разложением по полочкам» всех аспектов исследуемой темы приходится сталкиваться не часто. С этой точки зрения информационная насыщенность данной работы превышает многие аналогичные труды с гораздо большим объемом.

В статье раскрыты основные вопросы, требовавшие освещения. Справедливо отмечается, что институт предварительного договора нуждается в реформировании. В этой связи можно констатировать, что реформа, предложенная в Концепции развития гражданского законодательства и закреплённая в законопроекте о внесении изменений в ГК РФ, не может быть признана до конца удачной (об этом ниже).

Привлеченный П.А. Меньшениным иностранный опыт бесспорно сказался на уровне написания его работы, поскольку многие идеи, отраженные автором и, возможно, являющиеся очевидными за рубежом, в российской цивилистической литературе просто не встречаются.

<sup>1</sup> Wood P. Comparative Law of Security Interests and Title Finance. 2<sup>nd</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2007. P. 16.

Хотелось бы остановиться на ряде содержательных моментов работы П.А. Меньшенина.

Весьма интересными нам показались выводы о том, что в процессе толкования заключенного договора, если возникают сомнения в том, является данный договор основным или только предварительным, следует презюмировать основной его характер, а не предварительный. Эта идея, на наш взгляд, легко проводится в жизнь благодаря проведенному автором доказательству того, что основной договор должен считаться типичным случаем, а предварительный — исключением. А исключения, как известно, предполагаться не могут.

Полезными для практики могут быть теоретические выводы П.А. Меньшенина (заметим — должным образом аргументированные) о том, какие конкретные виды договоров не предполагают возможности заключения предварительного договора к ним. В их числе договоры о предоставлении отступного или договоры залога. Правильная теория тем более нужна, поскольку уже появились дела, подобранные автором, в которых судам приходится давать оценку соответствующим предварительным договорам. Помимо собственного «чутья» судьям, разумеется, желательно иметь подготовленное наукой теоретическое обоснование.

Метко подмечено автором и то, что потребовать заключения основного договора в силу имеющегося предварительного договора не всегда возможно, например, если вещь, по поводу которой заключен предварительный договор купли-продажи, погибла или более не принадлежит потенциальному продавцу. Тем не менее смысл конструкции предварительного договора из-за этого не утрачивается. Участник, лишившийся возможности заключения основного договора по вине другого участника, вправе предъявить последнему требование о возмещении своих убытков.

Нельзя не отметить, что автор пытается максимально проводить в жизнь идею свободы договора.

Системно толкуя ст. 156 и п. 1 ст. 429 ГК РФ, П.А. Меньшенин приходит к выводу о том, что действующее законодательство не содержит препятствий для заключения предварительного договора о совершении в будущем односторонней сделки, если это не противоречит одностороннему характеру и существу сделки. В каком случае он усматривает противоречие существу сделки? Если эта сделка не является основанием для возникновения обязательства передать имущество, выполнить работу или оказать услугу. Таким образом, например, выдача доверенности или составление завещания, являясь односторонними сделками, не могут составить предмет предварительного договора, поскольку не являются обязательственными.

# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Сборник работ выпускников

Российской школы частного права 2009 года

Выпуск 14

Редактор *А.В. Савкина*

Корректор *Т.Н. Немчинова*

Художественное оформление: *В.В. Самойлова*

Компьютерная верстка: *О.Л. Божьева*

Подписано в печать 28.02.2012. Формат 60x90 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Бумага офсетная.  
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 32. Тираж 1000 экз.  
Заказ № 1202810.

Издательство «Статут»:

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;

тел./факс: +7 (495) 649-18-06

E-mail: [book@estatut.ru](mailto:book@estatut.ru)

[www.estatut.ru](http://www.estatut.ru)

ISBN 978-5-8354-0839-9



9 785835 408399

**arvato**  
япк

Отпечатано в полном соответствии с качеством  
предоставленного электронного оригинал-макета  
в ОАО «Ярославский полиграфкомбинат»  
150049, Ярославль, ул. Свободы, 97