

О ВИДАХ СДЕЛОК В ГЕРМАНСКОМ И В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Е.А. СУХАНОВ

Суханов Е.А., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ им. Н.В. Ломоносова.

1. В последние годы в отечественной цивилистической литературе большое распространение получили взгляды о необходимости выделения в нашем гражданском праве особой группы распорядительных сделок и вещных договоров <1>. Признание уступки права распорядительной сделкой начинает утверждаться и в правоприменительной практике <2>. Данная терминология заимствуется из германского правопорядка и нередко объясняется исторической и содержательной близостью последнего к российскому гражданскому праву.

<1> См., например: Бердников В.В. Распорядительная сделка как способ изменения имущественного правового положения лица // Законодательство. 2002. N 2, 3; Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004; Шевцов С. Вещный и обязательственный эффекты договора // ЭЖ-Юрист. 2003; Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. N 20. С. 11. Попутно следует отметить, что Б.Б. Черепахин, на которого ссылается Л.А. Новоселова, разделял на распорядительные и обязательственные односторонние сделки, а не договоры (Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 332), хотя и в этом делении, несомненно, можно обнаружить германские (пандектные) корни.

<2> См., например, Постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 17 ноября 1998 г. N КГ-А40/2791-98 и от 20 апреля 2000 г. N КГ-А40/1415-00.

Действительно, германское и российское гражданское право принадлежат не только к единой правовой семье европейского континентального права, но и относятся к его общей - германской - ветви. Как германская, так и российская цивилистика имеют в своей основе существенно переработанное германскими пандектистами римское частное право. При этом российская гражданско-правовая наука использовала последнее не в традиционной для ряда западноевропейских правопорядков форме рецепции, а путем произошедшего в XIX в. восприятия пандектного учения, широкого переноса германских цивилистических теорий в учебную и научную литературу и использования в законотворческой практике определенных достижений германской кодификации гражданского права - новейшего для того времени Германского гражданского уложения 1896 г. (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB).

Но историческая и определенная содержательная близость российской и германской цивилистики вовсе не означает их тождества. На базе целого ряда общих для них категорий (сделка, обязательство, вещное право и т.д.) созданы разные юридические (гражданско-правовые) конструкции и институты, отражающие неизбежную национальную специфику соответствующего правопорядка, обусловленную историческими, социально-экономическими и иными особенностями его развития. Это положение всегда сохранялось и в российском гражданском законодательстве, начиная от подготовки проекта первого отечественного Гражданского кодекса (дореволюционного проекта Гражданского уложения Российской Империи) и заканчивая ныне действующим ГК РФ, которые ни в коей мере не могут быть признаны созданными на базе Германского гражданского уложения. Достаточно

отметить, что, например, вещное право BGB и ГК РФ как в содержательном, так и в структурном отношении имеют весьма мало общего <3>.

<3> Этим обстоятельством обычно пренебрегают авторы, широко и без каких-либо оговорок использующие германскую цивилистическую доктрину и разработанные ею конструкции для анализа российских правовых институтов (см., например: Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 11. Ярославль, 2004; Он же. Разрешение условия // Там же; Он же. Правовое положение сторон отлагательно обусловленной сделки во время состояния подвешенности // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 12. Ярославль, 2005).

В этой связи появляется принципиальный вопрос: в какой мере для современного российского гражданского права подходят периодически, но всегда активно навязываемые ему зарубежные конструкции и институты? С широко распространившимися в начале 90-х гг. прошлого века попытками переноса в отечественный правовой порядок категорий англо-американского права все было ясно изначально: речь шла о совершенно непродуманных и неквалифицированных (осуществлявшихся не юристами, а экономистами, финансистами и политиками), а потому и заведомо непригодных попытках прямой рецепции (заимствования) чужеродных правовых конструкций, приспособленных для функционирования в принципиально иной правовой системе. Очевидной была и их заведомая обреченность на неудачу, ибо для их успешного функционирования необходимо было не просто их введение в отечественное гражданское право, но полная и кардинальная его перестройка (а точнее, ломка), как это, в частности, имело место с известным институтом траста (доверительной собственности) <4>.

<4> Тем не менее и эти попытки, иногда объяснявшиеся также якобы существенным сближением англо-американского и европейского континентального права, нанесли серьезный ущерб нормальному развитию отечественного гражданского права. Достаточно отметить, что регулирование рынка ценных бумаг (за исключением векселей) у нас сейчас практически полностью осуществляется по американским образцам, которые весьма неуклюже пытаются приспособить к традиционным российским условиям.

Именно этим объясняются попытки объявить бездокументарные ценные бумаги (т.е. права, а не вещи) сначала "бестелесными вещами" (см.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги - бестелесные вещи. М., 1998; ср.: Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // Хозяйство и право. 2000. N 3), а затем "индивидуализировать" их (см.: Степанов Д.И. Защита прав владельца ценных бумаг, учитываемых записью на счете. М., 2004) с целью оправдать совершенно нелепую с классических позиций виндикацию таких бумаг, т.е. имущественных прав.

Однако с попытками заимствования германских правовых конструкций дело обстоит гораздо сложнее, ибо на первый взгляд речь идет о весьма близких правовых порядках и рецепция здесь может быть представлена как обычное совершенствование или даже уточнение некоторых традиционных законодательных институтов и понятий, в частности, категорий "сделка" и "договор". Поэтому необходимо обращение к трактовке этих категорий в самой германской цивилистике (причем современной и реальной, а не только той, которая имеется в некоторых переведенных на русский язык трудах германских пандектистов позапрошлого века или в немногочисленных современных переводах, которые для многих отечественных исследователей служат источником познания германской цивилистической доктрины).

Необходимо признать, что отечественная цивилистика и следующее за ее выводами и постулатами законодательство действительно иногда не вполне последовательно отражают современное состояние дел в некоторых отдельных сферах имущественных (гражданско-правовых) отношений. Тому есть различные, в том числе и объективные, причины. Но вместе с тем не следует абсолютизировать эту оценку, ибо в целом как гражданское законодательство в своих главных актах (прежде всего действующий Гражданский кодекс РФ), так и отечественная доктрина, как представляется, вполне удовлетворительно решают стоящие перед ними задачи.

Пример такого отставания, основанного на известной консервации традиционных подходов, в рассматриваемой сфере представляет собой давно ставшее у нас общепризнанным деление гражданско-правовых сделок (договоров) на реальные и консенсуальные. Практически не было уделено никакого внимания тому обстоятельству, что с возрождением в отечественном праве категории недвижимости это деление договоров утратило всеобъемлющее значение, сохраняя его лишь для соответствующих сделок с движимыми вещами. Поскольку сделки с недвижимостью по прямому указанию закона (п. 1 ст. 131 ГК) подлежат обязательной государственной регистрации и именно факт такой регистрации, а не передача вещи или заключение договора порождает соответствующий юридический эффект в виде возникновения, изменения или прекращения вещных прав на недвижимость (абз. 1 п. 2 ст. 223 ГК), для этих сделок теряет смысл их квалификация в качестве консенсуальных или реальных. Такая классификация теперь сохраняет значение лишь для сделок с движимыми вещами или имущественными правами <5>.

<5> Некоторые договоры о передаче прав также могут подлежать государственной регистрации (например, лицензионные договоры об использовании охраняемых патентами результатов интеллектуального творчества) и соответственно тоже должны исключаться из рассматриваемой классификации.

Далеко не случайно в дореволюционной литературе по гражданскому праву (как, кстати, и в германской цивилистической доктрине) делению сделок на консенсуальные и реальные практически не уделялось внимания, ведь в него не укладывались сделки с недвижимыми вещами <6>. Всеобщий характер в отечественном гражданском праве данная классификация сделок приобрела лишь в советское время, с отпадением категории "недвижимость" (в связи с исчезновением необходимости в ней после установления исключительного права собственности государства на землю) <7>.

<6> К.П. Победоносцев прямо писал, что "римское различие между реальными и консенсуальными договорами почти уже утратило всякое значение в новейших законах... потому, что все нынешние контракты консенсуальные" (Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья. Договоры и обязательства. М., 2003. С. 110), а Г.Ф. Шершеневич и В.И. Синайский в своих учебниках гражданского права вообще не упоминали этого деления (Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Том первый. М., 2005. С. 197; Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 161 - 163).

<7> Впрочем, и здесь она отнюдь не всегда рассматривалась в качестве главного деления сделок, как произошло в современной отечественной доктрине (ср.: Генкин Д.М., Братусь С.Н., Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Советское гражданское право. Т. I / Под ред. Д.М. Генкина. М., 1950. С. 216 (автор главы - Д.М. Генкин), а иногда и вообще не упоминалась (Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 29 - 33)).

Но уже в советский период развития отечественного гражданского права В.П. Грибанов отметил, что договоры, подлежащие государственной регистрации и считающиеся заключенными с этого момента, нельзя отнести к числу консенсуальных в силу того, что в данной ситуации эта традиционная квалификация оказывается непригодной <8>. Однако на это обстоятельство почти не обращается внимания даже в современной отечественной доктрине <9>.

<8> Грибанов В.П. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. М., 1956. С. 13.

<9> Исключение составляют лишь некоторые работы учеников В.П. Грибанова (см.: Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 3: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М., 2005. С. 431 (автор главы - В.С. Ем)).

2. Между тем сделки с недвижимостью как с особым объектом гражданских прав в германском праве в отличие от российского всегда имели особый правовой режим, отражавшийся даже в особенностях используемой законом терминологии. При этом стоит отметить, что используемый в германской литературе (и заимствуемый современными отечественными исследователями) термин "вещная сделка" ("das dingliche", иногда "sachenrechtliche Rechtsgeschäft") не известен закону: в BGB вместо него для этих целей используются два различных термина - "die Einigung" ("соглашение о передаче движимой вещи" - § 929 BGB) и "die Auflassung" ("соглашение о передаче недвижимой вещи" - § 925 BGB). Причем ни в одном из этих случаев BGB не говорит ни о договоре (der Vertrag), ни о сделке (das Rechtsgeschäft), хотя сами эти термины широко используются в нормах его Общей части и обязательственного права.

Данное обстоятельство далеко не случайно - с помощью особой терминологии подчеркивается, что речь здесь идет о категориях вещного, а не обязательственного права <10>. Именно поэтому норма о вещных сделках и находится в разделе BGB, посвященном вещному, а не обязательственному праву. Ведь эти две сферы гражданского (частного) права имеют различный правовой режим: в обязательственном праве действует принцип свободы договоров, в силу которого юридически действительно большинство не предусмотренных законом сделок и возникающих из них обязательственных прав и обязанностей, тогда как в вещном праве господствующим является принцип принудительной типизации прав (Typenzwang), требующий их закрытого перечня (numerus clausus), в силу чего здесь возможно появление и использование только такого вещного права, которое прямо подпадает под один из предусмотренных законом типов таких прав.

<10> Baur F., Baur J.F., Stürner R. Lehrbuch des Sachenrechts. 16 Aufl. München, 1992. S. 34.

В этой связи нельзя не отметить, что в российской литературе до сих пор подвергается сомнению даже целесообразность выделения вещного права, не говоря уже о понятии, признаках и видах вещных прав (см. особенно: Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2002. С. 392, 402; автор главы - Ю.К. Толстой). Подробнее о понятии и юридической природе вещных прав см.: Суханов Е.А. Понятие и виды ограниченных вещных прав // Вестник Московского университета. Сер. "Право". 2002. N 4.

На вещные сделки распространяется и другой основополагающий принцип вещного права - принцип специализации (Spezialitätsgrundsatz), иногда называемый принципом

определенности (Bestimmtheitsgrundsatz), в силу которого объектом вещного права (и соответственно - вещной сделки) может быть лишь индивидуально-определенная вещь, причем одна, а не их совокупность (имущественный комплекс). Последний в силу действия этого принципа может стать объектом только обязательственных, но не вещных сделок <11>.

<11> См., например: Kohler H. BGB, allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 25 Aufl. Munchen, 2001. S. 49 - 50; Schreiber K. Sachenrecht. 3 Aufl. Stuttgart; Munchen; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden, 2000. S. 93.

Точно так же по сфере действия от обязательственных и вещных сделок в германском праве обособляются семейно-правовые и наследственные сделки (как известно, в европейских континентальных правопорядках, в том числе в германском праве, семейное право традиционно признается не самостоятельной правовой отраслью, а частью - подотраслью - гражданского права). Подобно вещным сделкам, они характеризуются принудительной типизацией (поскольку в семейном и наследственном праве также невозможно заключение сделок и появление прав и обязанностей, прямо не предусмотренных законом); кроме того, они обычно носят строго формальный характер (а в наследственном праве заключаются на случай смерти - mortis causa) <12>.

<12> См., например: Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des burgerlichen Rechts. 9 Aufl. Munchen, 2004. S. 409 - 410.

Примечательно, что деление сделок на вещные, обязательственные, семейные и наследственные известно и русской дореволюционной литературе (см., например: Синайский В.И. Указ. соч. С. 163).

Для лучшего понимания этого подхода необходимо пояснить, что в германском гражданском праве, основанном на пандектных (в этом смысле - римских) традициях, проводится строгое различие между заключением договора об отчуждении вещи (оформляемом обычной, обязательственной сделкой) и его исполнением - передачей права собственности на вещь (оформляемой вещным договором) <13>. Поэтому обязательственный договор рассматривается здесь как двусторонняя и притом каузальная сделка, которая способна породить лишь обязательственные отношения, но не вещно-правовой эффект в виде перехода права собственности на вещь к ее приобретателю.

<13> Стоит напомнить, что в римском праве передача владения вещью с целью переноса права собственности на нее и составляла понятие "traditio", которое рассматривалось как договор, причем вещный, так как "он устанавливает вещное, а не обязательственное право" (Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996. С. 238 - 240). В юстиниановом праве традиция, а соответственно и особый вещный договор исчезли.

Последний достигается только путем заключения сторонами обязательственной сделки особого дополнительного вещного договора (вещной сделки), который, однако, специально не оформляется ими (либо оформляется в том же документе, что и обязательственный договор, ибо никаких специальных требований к его оформлению закон не содержит). К нему добавляются действия по передаче вещи, которые необходимы в соответствии с абз. 1 § 854 BGB, требующим перехода владения вещью как фактического господства над ней, и которые рассматриваются поэтому как чисто фактические действия (Realakt).

Сам же вещный договор (или, точнее, соглашение - *Einigung*, по терминологии BGB) рассматривается как особый и притом абстрактный договор, по существу представляющий собой исполнение обязательственного договора. Поэтому вещная сделка не может существовать сама по себе как самостоятельная сделка - в качестве ее основы всегда выступает обязательственная сделка, тогда как вещная сделка служит исполнению последней, в сущности, и представляя собой некую сделку по исполнению (*Erfillungsgeschäft*) <14>.

<14> Schwab K.H., Prutting H. *Sachenrecht. Ein Studienbuch*. 31 Aufl. Munchen, 2003. S. 13.

При этом надо отметить, что в германской литературе давно дискутировался вопрос о том, что представляет собой исполнение обязательства: фактические действия должника или особую сделку (специальный договор об исполнении - *Erfullungsvertrag*) кредитора и должника. По данному поводу было выдвинуто несколько различных теорий, господствующей среди которых давно стала теория фактического исполнения, согласно которой от сторон обязательства при его исполнении не требуется никаких дополнительных действий, заявлений и т.п. <15>. С этой точки зрения сама по себе передача вещи как исполнение обязательства не может рассматриваться в качестве правопрекращающей или иной сделки (юридического факта), будучи сугубо фактическим, а не юридическим действием.

<15> См., например: Medicus D. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*. 13 Aufl. Munchen, 2002. S. 121; Musielak H.-J. *Grundkurs BGB*. 4 Aufl. Munchen, 1994. S. 89.

Указанный подход не только исключает рассмотрение вещной сделки и вытекающих из нее правоотношений с позиций обязательственного права, но и ведет к тому, что для окончательного перехода права собственности (или для появления иного вещного права) на движимую вещь необходимыми становятся три обстоятельства: 1) обязательственный договор, например, сделка купли-продажи; 2) вещный договор (соглашение сторон о передаче и принятии вещи); 3) фактическая передача вещи, представляющая собой не сделку, а реальный акт исполнения обязательства (обязательственного договора) <16>, который квалифицируется так же, как передача непосредственного владения вещью <17>. Поскольку последнее из перечисленных обстоятельств при этом не считается юридическим фактом, переход права собственности (*traditio*) и связывается только с наличием между сторонами особого вещного договора.

<16> Schulze R. u.a. *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. 2 Aufl. Baden-Baden, 2002. S. 1173 - 1175; Schreiber K. A. a. O., S. 94.

<17> Wolf M. *Sachenrecht*. 22 Aufl. Munchen, 2006. S. 259.

При этом вещная сделка является абстрактной, оторванной от обязательственной сделки, поскольку признание недействительной обязательственной сделки само по себе никак не влияет на действительность вещной сделки, а стало быть, и на право собственности приобретателя вещи. Если же приобретатель вещи затем продаст ее третьему лицу, для последнего тем более не имеют никакого значения обязательственные отношения первоначального приобретателя вещи с ее отчуждателем, в том числе признание породившей

их сделки недействительной. В итоге приобретатель остается собственником полученной вещи, несмотря на недействительность основного (обязательственного) договора по ее отчуждению, что серьезно усиливает стабильность имущественного (гражданского) оборота. В этом и заключается основной практический смысл данного подхода, неизменно подчеркиваемый в германской литературе.

Необходимо вместе с тем иметь в виду, что обоснованный еще Ф.К. Савиньи абстрактный характер традиции как особого соглашения сторон был не сразу признан цивилистической доктриной. Лишь в конце XIX в. "господствующее мнение высказывается в пользу того, что и недействительность сделки, лежащей в основании традиции, сама по себе не препятствует переходу права собственности, если только стороны имели *animus transferendi* и *acquirendi dominii*" (намерение перенести право собственности и намерение сделаться собственником), что "более отвечает интересам оборота и вполне может быть согласовано с источниками, а посему ему следует отдать предпочтение" <18>.

<18> Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 243. Ср. также: Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. М., 2003. С. 259 и сл.

Более того, в современной германской литературе время от времени высказываются сомнения относительно целесообразности его дальнейшего сохранения, по крайней мере для сделок с движимыми вещами, в которых интересы оборота могут быть эффективно защищены и без использования принципа абстракции или принципа разрыва (*Trennungsgrundsatz*) обязательственной и вещной сделок, как это имеет место в других правопорядках, основанных на единстве этих сделок <19>. Данное обстоятельство представляет тем больший интерес, что по общему правилу на вещные сделки в субсидиарном порядке распространяется действие многих (хотя и далеко не всех) норм Общей части BGB о сделках и договорах, а это в отдельных случаях приводит к возможности пренебречь принципом абстракции и оспорить действительность вещной сделки <20>.

<19> Критический анализ этих взглядов см.: Baur F., Baur J.F., Stürner R. A. a. O., S. 43 - 44, которые прямо указывают, что данный принцип наряду с преимуществом, заключающимся в ясности и четкости правового положения, содержит и существенный недостаток, будучи "чуждым реальной жизни" ("*der Nachteil der Lebensfremdheit*") (A. a. O., S. 515).

<20> Подробнее см.: Baur F., Baur J.F., Stürner R. A. a. O., S. 45 - 48.

При этом считается, что обязательственная сделка порождает новые, но только обязательственные права и обязанности, а вещная сделка не влечет возникновения каких-либо новых прав и обязанностей, а представляет собой акт распоряжения уже имеющимся вещным правом (правом собственности). Отсюда различие этих видов сделок как обязательственных (точнее, обязывающих - *Verpflichtungsgeschäfte*) и распорядительных (*Verfügungsgeschäfte*).

Главное различие обязывающей и распорядительной сделок состоит не в том, что последняя не порождает новых прав (при переходе права собственности у приобретателя вещи как раз возникает отсутствовавшее ранее вещное право <21>), а в том, что совершить ее может только управомоченное лицо, распоряжающееся имеющимся у него правом (и от действительности его правомочия - титула - непосредственно зависит действительность распорядительной сделки), тогда как по обязательственной сделке обязаться может любое, в

том числе и неуправомоченное, лицо, еще не имеющее никакого права на имущество (например, при продаже будущего урожая). Поэтому смысл выделения категории "распорядительная сделка" заключается в особой защите управомоченного субъекта от необоснованного вмешательства третьего лица в его правовое положение <22>, а вовсе не в том, чтобы отразить особенности вызываемых ею последствий (переход или передача имеющегося права), как это теперь принято считать у нас.

<21> Такая сделка непосредственно воздействует на существующее право путем его "передачи, обременения, изменения или прекращения" (см.: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. Bd. 101. S. 26 // Schulze R. u.a. A. a. O., S. 49). Если же действие не влечет ни возникновения, ни изменения, ни прекращения гражданских прав и обязанностей, оно вообще не может считаться сделкой, в том числе и с позиций российского права (ст. 153 ГК РФ).

<22> Larenz K., Wolf M. A. a. O., S. 412.

Особенность распорядительной сделки составляет, во-первых, ее абстрактный характер, который проявляется в том, что ее стороны не должны знать или согласовывать ее основание (внутренняя абстрактность), и в том, что ее действительность не зависит от действительности обязывающей сделки (внешняя абстрактность). Во-вторых, для перехода права всегда необходимо соглашение (Einigung или Auflassung) отчуждателя и приобретателя, определенным образом выраженное вовне. Если дело касается распоряжения правом на вещь (т.е. вещной сделки), такое соглашение подчиняется принципу публичности (Publizitätsgrundsatz) как общему принципу вещного права и выражается либо в записи в земельную книгу (для недвижимости), либо в реальной, фактической, передаче движимой вещи. Поэтому распорядительная сделка охватывает: 1) названное соглашение и 2) действия по непосредственной передаче права.

Из этого следует вывод, что такая сделка почти всегда является договором, причем непременно абстрактным и, как правило, вещным <23>. Односторонняя распорядительная сделка допускается лишь как исключение, прямо предусмотренное законом: таковы публичное обещание награды (§ 657 BGB) и завещательный отказ (§ 2174 BGB), но никак не исполнение обязательства, как иногда указывают в отечественной литературе. Одновременно распорядительная сделка рассматривается и как сделка по исполнению (das Erfüllungsgeschäft) обязательственного договора, но не как само исполнение обязательства (поскольку последнее, согласно господствующему мнению, имеет чисто фактический характер). Очевидно, что такое понимание распорядительной сделки значительно расходится с распространившейся в нашей литературе трактовкой данной категории.

<23> Habersack M. Sachenrecht. 4 Aufl. Heidelberg, 2005. S. 10 - 12; Wolf M. A. a. O., S. 198; Larenz K., Wolf M. A. a. O., S. 411. Из числа обязательственных сделок к распорядительным обычно относят сделку уступки права (§ 398 BGB) (см., например: Musielak H.-J. A. a. O., S. 106).

Наконец, важно иметь в виду, что при сделках с недвижимостью вещный эффект порождает уже не сам по себе вещный договор, а запись в земельную книгу (Grundbuch). Поэтому в данном случае становится необходимым юридический состав: 1) обязательственный договор; 2) вещный договор; 3) государственная регистрация в указанной книге (абз. 1 § 873 BGB), которая в отличие от фактической передачи вещи является решающим (правопорождающим) юридическим фактом.

В связи с этим здесь вещный договор уже не выполняет ту функцию, которую он выполняет при сделках по отчуждению движимых вещей (во всяком случае не выполняет ее один). Поэтому при отчуждении недвижимости "вещный договор" получает не только новое наименование ("die Auflassung"), но и специальные требования к содержанию, а также к порядку и форме его совершения <24>, несоблюдение которых влечет его недействительность (§ 925 BGB), чего согласно § 929 BGB не требуется для соглашения о передаче движимых вещей ("die Einigung").

<24> См., например: Schulze R. u.a. A. a. O., S. 1169 - 1170.

В такой ситуации одни германские ученые (Л. Эннекцерус и Г. Ниппердей) считают соглашение в форме Auflassung (т.е. вещный договор о передаче права на недвижимость) частью единого юридического состава, другие (Ф. Баур и Р. Штюerner) - самостоятельным юридическим фактом, связывающим частноправовое волеизъявление сторон (обязательственную сделку) с публично-правовой регистрацией, а третьи (К.Г. Шваб и Г. Прюттинг) - порождающим не переход права собственности, а возникновение нового, особого ограниченного вещного права - Anwartschaftsrecht (ожидаемое право) <25>. Подробный анализ этих взглядов выходит за рамки настоящей работы.

<25> Подробнее см.: Schwab K.H., Prutting H. A. a. O., S. 168; Westermann H.P. BGB - Sachenrecht. 10 Aufl. Heidelberg, 2002. S. 140 - 145.

Относительно категории "ожидаемое право", распространенной в германской доктрине и судебной практике, но пока не нашедшей прямого отражения в законе, в литературе ведется дискуссия. Наряду с преобладающей позицией признания его особым вещным правом высказан и более осторожный подход, согласно которому речь идет о завершающей стадии (или предварительной ступени) приобретения полного вещного права, которая сама по себе имеет известное гражданско-правовое значение: таково, например, право приобретателя недвижимости в случае заключения и исполнения договора ее купли-продажи до момента его государственной регистрации (Medicus D. Burgerliches Recht. 19 Aufl. Koln; Berlin; Bonn; Munchen, 2002. S. 292 - 293).

3. Но даже из изложенного, во всяком случае, видно, что как вещный договор, так и несколько более широкое понятие "распорядительная сделка" в германском праве выполняют свои, четко определенные законом функции, которые основаны на ряде традиционных доктринальных положений, чуждых нынешнему российскому правопорядку (деление сделок по сферам действия, принцип абстракции, выделение владения как особого правомочия, "переносимого" договором и др.). Юридическая характеристика названных категорий в германском гражданском праве существенно отличается от их понимания в современных отечественных исследованиях <26>.

<26> Достаточно отметить, что положивший начало нынешней дискуссии о вещных договорах М.И. Брагинский понимает под ними договоры, непосредственно порождающие вещное право (право собственности), без возникновения обязательственных отношений, при отсутствии разрыва во времени между заключением и исполнением договора - по модели реального договора, типичным примером которого он считает договор дарения (см.: Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 117 - 118).

Более того, конструкции вещного договора и распорядительной сделки в германском праве работают не сами по себе, в отрыве от других гражданско-правовых норм, а именно в сложившейся системе гражданского права, причем не только вещного, но и обязательственного. Их прямой перенос (рецепция) в отечественную правовую систему <27> потребовал бы, таким образом, кардинального пересмотра всей отечественной концепции обязательственного и вещного права, в чем вряд ли имеется насущная необходимость. В ином же случае попытки их использования в российском праве живо напоминают безуспешную "пересадку" на отечественную почву института траста, который, как известно, также эффективно работает лишь в системе права справедливости (law of equity), причем еще и в ее соотношении с системой общего права (common law). С этой точки зрения искусственное навязывание нашему гражданскому праву англо-американских конструкций, по сути, ничем не лучше такого же навязывания конструкций германского права.

<27> На чем активно настаивают некоторые авторы (см., например: Василевская Л.Ю. Вещные сделки по германскому праву: методология гражданско-правового регулирования: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2004. С. 18).

Главное же состоит в том, что в германском праве рассмотренные категории направлены на охрану интересов всех участников имущественного оборота, в частности добросовестных приобретателей движимых вещей, тогда как в нашей современной трактовке введение таких сделок еще более осложнит организацию гражданского оборота, ибо значительно расширит возможности оспаривания не только заключенных сделок, но и актов (действий) по их исполнению.

В этом отношении в значительной мере типичной для наших работ последнего времени является, например, позиция Д.О. Тузова, по мнению которого "традиция (передача вещи) как вид предоставления есть распорядительная вещная каузальная двусторонняя сделка", которая, "как и всякая сделка, может быть действительной или недействительной, ничтожной или оспоримой" <28>. С точки зрения германской доктрины это высказывание представляет собой явное недоразумение: во-первых, вещные сделки - основная разновидность распорядительных сделок, поэтому их двойная квалификация становится излишней; во-вторых, и те и другие всегда имеют абстрактный характер, ибо в противном случае теряет смысл их отделение от обязательственных (каузальных) сделок; в-третьих, сама по себе передача вещи (если под традицией понимать именно ее, а не передачу права собственности на вещь) является чисто фактическим действием, не представляя собой даже элемента юридического состава <29>. Главное же здесь - прямо и упорно обосновываемая автором возможность оспаривания таких сделок (наряду с само собой разумеющейся аналогичной возможностью для обязательственных сделок), кардинально расходящаяся с основной идеей выделения вещных сделок в германском праве.

<28> Тузов Д.О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Томск, 2006. С. 13.

<29> Поэтому дальнейшая полемика указанного автора с "нашей доктриной", по его мнению, склоняющейся к признанию "принципа абстрактности традиции" с тем, чтобы обосновать право собственности добросовестного приобретателя вещи "якобы действительной абстрактной распорядительной сделкой", в данном случае, по сути, ничего не меняет, ибо критикуемые им отечественные сторонники указанного принципа пока еще не только не определяют содержание отечественной доктрины, но и обычно столь же неудачно

пытаются заимствовать рассмотренные выше традиционные германские подходы. В связи с этим развертывающиеся на такой базе "научные споры" способны вызвать лишь недоумение.

В итоге приходится признать, что названный автор, как и ряд других отечественных исследователей (в том числе и те, которым он оппонирует), создает собственные категории вещных и распорядительных сделок, не имеющие почти ничего общего с их классическими аналогами. При этом необходимость их использования в российском гражданском праве остается не только недоказанной, но и непосредственно ведущей к дальнейшему разрушению современного отечественного имущественного (гражданского) оборота, вполне "успешное" начало которому уже положило столь же непродуманное заимствование (хотя и не из германского, а из американского права) категорий крупных сделок и сделок с заинтересованностью.

4. Следует также иметь в виду, что традиционно рассматриваемый германской цивилистикой в качестве одного из основополагающих принцип абстракции вещных (распорядительных) сделок, основанный на их принципиальном отрыве от обязательственных сделок и действительно позволяющий четко объяснить правовое положение участников правоотношения по отчуждению вещей (переходу права собственности на них) на всех этапах его развития: от заключения договора до его фактического исполнения, при всей своей формально-юридической привлекательности не был воспринят другими европейскими правопорядками.

Даже весьма близкое к германскому австрийское гражданское право восприняло этот подход с весьма существенными модификациями. Здесь распорядительная (вещная) сделка имеет двойную (двойственную) природу: она считается каузальной, поскольку ее действительность зависит от наличия правового основания - титула, роль которого выполняет "основная" (обязательственная) сделка, и только в остальном - абстрактной <30>.

<30> Koziol H., Welser R. Grundriss des burgerlichen Rechts. Band I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht. 13 Aufl. Wien, 2006. S. 119, 239 - 240.

Это объясняется тем, что согласно § 380 австрийского Общего гражданского уложения 1811 г. (Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch - ABGB) для приобретения права собственности необходимы два обстоятельства: титул и модус - юридический акт приобретения (rechtlicher Erwerbungsakt), в совокупности составляющие двухактовый процесс приобретения права (zweiaktiger Erwerbsvorgang, или Zweiaktigkeit), что отличает данную систему от одноактных систем: германского принципа традиции (§ 873, 929 BGB) и французского принципа консенсуальности (ст. 1376 Code civil) <31>.

<31> Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch. Kommentar / Herausgeben von Koziol H., Bydlinski P., Bollenberger R. Wien; N.Y., 2005. S. 309 - 310 (автор соответствующего комментария - В. Eccher); Koziol H., Welser R. A. a. O., S. 310 - 311.

При этом согласно § 425 ABGB "голый титул не дает собственности. Собственность и все вещные права в целом могут приобретаться только посредством юридической передачи и принятия, за исключением случаев, установленных в законе". Отождествляемая же с традицией юридическая передача ранее также рассматривалась здесь в качестве вещного договора, однако современные взгляды, господствующие в литературе и правоприменительной практике, считают ее теперь чисто фактическим актом (bloflier

Realakt), который завершает передачу права, предусмотренную соглашением, уже имеющимся в основной сделке (т.е. в обязательственном договоре) <32>. Иными словами, особое соглашение о передаче права собственности (Einigung) стало здесь частью обязательственного (каузального) договора.

<32> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. S. 339 - 340. В австрийской литературе можно встретить взгляд на традицию и как на "вещно-правовую распорядительную сделку", но всегда имеющую "каузальную природу" (см.: Binder M. Sachenrecht. Theorie und systematisch aufbereitete OGH-Fälle. Wien, 2003. S. 137).

Что касается перехода права собственности на недвижимые вещи, то здесь согласно § 431 ABGB "сделка по приобретению должна вноситься в определенные для этого публичные книги".

Подобно этому и в другом содержательно близком к германскому гражданскому праву - швейцарском праве рассмотренный ранее германский подход воспринят с серьезными оговорками. Несмотря на признание деления сделок на обязательственные и распорядительные, здесь широко оспаривается необходимость самой конструкции вещного договора для передачи права собственности на движимые вещи <33>. Дело в том, что передача вещи во исполнение договорного обязательства купли-продажи, как и исполнение некоторых других договорных обязательств, в швейцарской цивилистической доктрине обычно рассматривается в качестве сделки (договора), а не как чисто фактические действия (что имеет место в современной германской доктрине); вместе с тем здесь признается, что исполнение многих договоров может заключаться и в совершении фактических действий (например, передача результата работ по договору подряда) или в воздержании от них (например, воздержание от конкуренции с контрагентом) <34>.

<33> См., например: Schwenzer I. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. 3 Aufl. Bern, 2003. S. 14.

<34> Такой подход к юридической природе исполнения обязательства получил здесь название ограниченной договорной теории - eingeschränkte Vertragstheorie (см.: Schwenzer I. A. a. O., S. 429).

Французское гражданское право вообще закрепило принципиально иной подход к определению порядка перехода права собственности на вещи, в том числе на недвижимость, который отличается и от системы традиции, и от системы регистрации. Статья 1583 французского Code civil 1804 г. прямо указала, что право собственности к покупателю вещи переходит непосредственно в силу договора купли-продажи, даже без фактической передачи и тем более без какой-либо регистрации <35>, что можно назвать консенсуальной системой.

<35> Статья 1583 французского ГК гласит: "Для сторон она [продажа] является совершившейся, и собственность является по закону приобретенной покупателем от продавца с тех пор, как достигнуто соглашение о вещи и о цене, хотя бы вещь еще не была предоставлена, а цена не была уплачена" (Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Сборник нормативных актов. Гражданские и торговые кодексы: Учебное пособие / Под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. М., 1986. С. 69; Пер. И.С. Перетерского, М.И. Кулагина).

Дело в том, что в ходе революции XVIII в. прежняя система регистрации сделок с недвижимостью в судах, а впоследствии - записей в ипотечные реестры по месту нахождения недвижимости была разрушена. Лишь в 1855 г. (т.е. полвека спустя после введения в действие Гражданского кодекса) была восстановлена система транскрипции, т.е. обязательной записи прав и сделок с недвижимостью в реестры хранителей ипотеки. Этого требовал широко развившийся поземельный кредит, традиционно обеспечивавшийся публично достоверным залогом недвижимости.

Однако сохранилось и противоречащее этой системе правило ст. 1583 ГК, по которому "собственность приобретается силою простого договора". Кроме того, действовало и общее правило ст. 1138 ГК: "Обязательство предоставить вещь является заключенным в силу одного лишь соглашения договаривающихся сторон. Это обязательство делает кредитора собственником и возлагает на него риск с момента, когда вещь должна быть ему предоставлена, хотя бы передача вещи еще не была совершена..." Объяснение этому противоречию состояло в нежелании тогдашнего законодателя кардинально менять содержание Кодекса Наполеона, сравнительно недавно принятого и пользовавшегося огромным европейским авторитетом <36>.

<36> Подробнее об этом см. особенно: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть. Вотчинные права. М., 2002. С. 320 - 325.

При этом К.П. Победоносцев отмечал и другое "внутреннее" противоречие, заключавшееся в содержании Code civil: "...вещное право на движимость приобретается по французскому закону наличной передачей, совсем противоположно тому, что принято относительно недвижимости, переходящей в силу соглашения, и несогласно с общим постановлением статьи 1138 Гражданского кодекса..." (там же. С. 325).

Критику этого подхода, закрепленного французским Code civil, см. также: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 301 - 302.

Уже из этого сопоставления различных подходов к регулированию перехода права собственности на вещи в германском, австрийском, швейцарском и французском праве можно видеть, что они определяются прежде всего историческими и социально-экономическими причинами, т.е. известными особенностями национального развития, а не только формально-догматическими соображениями и тем более - какими-то общепринятыми стандартами.

С этой точки зрения важно отметить, что и отечественное гражданское право в этом вопросе также совершило определенную историческую эволюцию. Действовавшее в России до Октябрьской революции гражданское законодательство закрепляло близкую к германской систему традиции, однако не разделяло характерных для последней обязательственных и вещных (распорядительных) сделок и не закрепляло принципа абстракции: согласно ему право собственности приобреталось передачей имущества, а для недвижимости - вводом во владение <37>.

<37> См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 303.

Дореволюционный проект Гражданского уложения также предполагал закрепить систему традиции: согласно ст. 839 "право собственности на движимую вещь приобретается на основании заключенного между собственником и приобретателем договора со времени передачи вещи приобретателю". Для недвижимости ст. 837 предусматривала переход права

собственности "со времени внесения его в вотчинную книгу".

ГК РСФСР 1922 г., упразднив "деление имуществ на движимые и недвижимые" (примечание к ст. 21), воспринял поэтому наиболее простую, французскую (романскую) консенсуальную систему перехода права собственности. Согласно ст. 66 ГК 1922 г. право собственности на вещь по общему правилу переходило на основании договора, заключаемого между отчуждателем и приобретателем. Только в отношении вещей, определенных родовыми признаками, право собственности возникало не с момента совершения договора, а с момента их передачи, поскольку объектом вещного права, в том числе права собственности, может быть только индивидуально-определенная вещь.

Данные правила имели императивный характер, хотя в литературе им предлагалось придать диспозитивный характер <38>. При этом Д.М. Генкин прямо отмечал, что передача, составляющая необходимое условие перехода права собственности лишь для вещей, определенных родовыми признаками, является в этом случае основанным на соглашении сторон "переносом отчуждателем на приобретателя владения вещью", т.е. юридически значимым, а не чисто фактическим действием, и притом всегда носит каузальный характер <39>.

<38> Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 137 - 139.

<39> Генкин Д.М. Указ. соч. С. 139; Генкин Д.М., Братусь С.Н., Лунц Л.А., Новицкий И.Б. Советское гражданское право. Т. I. С. 273 (автор главы - Д.М. Генкин).

ГК РСФСР 1964 г., следуя Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., вновь перешел на систему традиции, но закрепил ее в виде диспозитивного, а не императивного правила: согласно ст. 135 ГК 1964 г. право собственности у приобретателя по договору по общему правилу возникало с момента передачи вещи, если иное не предусмотрено законом или договором, а при необходимости регистрации договора - с момента такой регистрации. Этот подход был сохранен и в п. 2 ст. 7 Закона "О собственности в РСФСР" 1990 г., и в п. 2 ст. 50 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (возродивших в нашем гражданском праве категорию недвижимости - см. п. 2 ст. 4 названных Основ).

5. Действующий ГК 1994 г. в п. 2 ст. 218 прямо говорит о приобретении права собственности "на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества" <40>. Момент же возникновения этого права определяется по правилам ст. 223, 224 ГК, которые, подобно ГК 1964 г., также диспозитивно закрепляют систему традиции.

<40> В литературе эта ситуация иногда квалифицируется как каузальная традиция, противопоставляемая германской абстрактной традиции (см.: Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004. С. 144 - 145). Такое противопоставление не вполне точно, ибо сама по себе традиция как фактическая передача вещи во исполнение договорного обязательства в современном германском праве, как уже указывалось ранее, рассматривается в качестве чисто фактического, реального акта.

Таким образом, установлен достаточно гибкий подход: общее (диспозитивное) правило предполагает, что для возникновения (перехода) права собственности у приобретателя движимой вещи необходимо наличие двух юридических фактов - договора и передачи самой

вещи. Договором отчуждателя и приобретателя этот момент может быть смещен: право собственности может перейти к приобретателю вещи в момент заключения договора, уплаты цены, наступления согласованного сторонами условия и т.п. Кроме того, этот момент может быть императивно определен законом, в частности, для реальных сделок (ср., например, абз. 1 п. 1 ст. 572 и п. 1 ст. 807 ГК). Более того, стороны договора вправе снабдить его отменительным или отлагательным условием, тогда как в германском праве такая возможность прямо исключена абз. 2 § 925 BGB для соглашений о передаче права собственности на недвижимость (Auflassung) и достаточно затруднена для аналогичных соглашений в отношении движимых вещей (Einigung) <41>.

<41> До наступления соответствующего условия приобретатель движимой вещи получает ожидаемое право (Anwartschaftsrecht), которое считается производным (каузальным) от договора купли-продажи и может стать ничтожным при недействительности последнего (см., например: Schulze R. и.а. А. а. О., S. 1182). Иначе говоря, в этом случае принцип абстрактности перестает действовать, что значительно осложняет ситуацию.

Что же касается отчуждения и приобретения недвижимости, то здесь наряду с соглашением (сделкой) сторон всегда необходим также акт государственной регистрации (ст. 131, п. 1 ст. 551 ГК), а в некоторых случаях - еще и акт передачи имущества (п. 2 ст. 564 ГК), который в остальных ситуациях рассматривается лишь как акт исполнения обязательства (п. 1 ст. 556 ГК), сам по себе не влияющий на возникновение права собственности у приобретателя вещи (п. 2 ст. 551 ГК).

Обусловленный необходимостью государственной регистрации сделки с недвижимостью неизбежный разрыв между ее заключением и переходом права собственности не дает возможности безмотивного одностороннего расторжения заключенной сделки ее участником: согласно п. 2 ст. 551 ГК исполнение договора продажи недвижимости до государственной регистрации перехода права собственности на нее не является основанием для изменения отношений участников сделки с третьими лицами (в отношении которых отчуждатель остается собственником указанной вещи, несмотря на возможную оплату ее стоимости приобретателем и даже фактическую передачу ему этой недвижимости путем вручения ключей, "ввода во владение" и т.п.). Но из этого вытекает, что заключенная сделка, безусловно, связывает своих контрагентов обязательственными отношениями, что также весьма важно с точки зрения интересов укрепления гражданского (имущественного) оборота.

Более того, исполнение сделки купли-продажи недвижимости до ее государственной регистрации, по справедливому замечанию В.С. Ема, пресекает право продавца распоряжаться проданным объектом недвижимости и означает, что он исчерпал принадлежавшее ему как собственнику правомочие распоряжения <42> (хотя и остался юридическим собственником вещи до момента государственной регистрации перехода права собственности на нее, что, в частности, дает возможность его кредиторам при известных условиях требовать обращения взыскания на эту недвижимость). Аналогичную по сути позицию занимает и современная судебно-арбитражная практика <43>.

<42> См.: Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 3: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. С. 372 (автор главы - В.С. Ем).

<43> Согласно абз. 4 п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. N 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" (Вестник ВАС РФ. 1998. N 10), после передачи недвижимого имущества покупателю, но до регистрации перехода права собственности

продавец уже не вправе им распоряжаться, поскольку это имущество служит предметом исполненного обязательства, а "покупатель является его законным владельцем".

Правда, данное положение иногда подвергается критике в литературе как необоснованное ограничение права собственности (см., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). 5-е изд. / Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 2006. С. 162 - 163; автор комментария - В.В. Чубаров), с чем вряд ли можно согласиться. Иное толкование этого правила см.: Скловский К.И. Указ. соч. С. 153.

Точно так же с обязательственно-правовых позиций вполне удовлетворительное объяснение получает и статус приобретателя (покупателя) предприятия как имущественного комплекса. Этот последний в соответствии с п. 3 ст. 564 ГК может до перехода к нему права собственности на данную недвижимость распоряжаться ею "в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено". Как известно, в данном случае отчуждения недвижимости для перехода права собственности на нее необходимы не только заключение договора и государственная регистрация, но и предварительная (до государственной регистрации) передача предприятия продавцом покупателю по правилам ст. 563 ГК. При этом на покупателя переходит и риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного ему в составе предприятия (абз. 2 п. 2 ст. 563 ГК), а потому, хотя покупатель еще и не стал собственником этого имущества, к нему вместе с указанным риском переходит и право на использование имущества предприятия в предпринимательских целях, включая ограниченное распоряжение им ^{<44>} (что также призвано поддержать "работоспособность" данного имущественного комплекса).

^{<44>} Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 3: Обязательственное право. С. 401 (автор главы - В.С. Ем).

Квалификация этого права покупателя, в том числе в качестве особого вещного права (подобного германскому *Anwartschaftsrecht*), с этих позиций все еще представляется излишней хотя бы потому, что с точки зрения действующего российского гражданского права, по сути, ничего не добавляет к статусу приобретателя (в германском праве такое право само может служить предметом продажи, залога и т.п.). Думается, что укрепление прав добросовестных приобретателей недвижимости должно связываться не с введением сложной системы абстрактных распорядительных сделок, а с совершенствованием ведения самого государственного реестра прав на недвижимость, соответствующая запись в котором должна в реальности приобрести неоспоримое правоустанавливающее (и правоподтверждающее) значение.

Что касается сделок по отчуждению движимых вещей, то и здесь российское право, закрепляя в ст. 223 ГК систему передачи (традиции) в качестве общего основания перехода права собственности на них, значительно упрощает ситуацию, одновременно рассматривая передачу вещи как юридический факт исполнения соответствующего обязательства (ср. ст. 398 ГК) ^{<45>}. Едва ли поэтому имеется насущная потребность перехода российского гражданского права к германской системе вещного договора (распорядительной сделки), при которой исполнение договорного обязательства, включая саму передачу вещи (традицию), рассматривается как чисто фактический, а не юридический акт.

^{<45>} Иное дело, что односторонние акты исполнения обязательств должником и принятия исполнения кредитором в современной отечественной литературе и практике иногда получают чрезмерно преувеличенное значение особого гражданско-правового

договора, дополнительного к основному (см. особенно: Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005). Последовательное развитие такого подхода ведет к признанию возможности оспаривания еще и этого договора по правилам о недействительности сделок, что никак не может способствовать укреплению имущественного оборота.

6. В качестве общего итога можно отметить, что германские конструкции вещного договора и распорядительной сделки в современной отечественной литературе обычно используются явно не до конца осознанно и во всяком случае не в том значении, которое придает им немецкая цивилистика. Употребление же этих категорий в значении, понятном только авторам соответствующих работ, без нужды осложняет и запутывает ситуацию: ведь такие понятия неизвестны действующему законодательству и, следовательно, не могут иметь реального практического значения, а по существу становятся некими умозрительными конструкциями, с помощью которых можно обосновывать очередные теоретические изыски и парадигмы.

Вместе с тем рассмотренный выше опыт германской доктрины и законодательства в сопоставлении с известными взглядами отечественных цивилистов дореволюционного периода позволяет сделать некоторые позитивные выводы. Прежде всего это - необходимость сохранения и поддержания фундаментального различия режима вещных и обязательственных прав, являющегося одним из основополагающих признаков европейского континентального права. С этой точки зрения следует вновь отвергнуть основанные на смешении вещных и обязательственных прав распространенные попытки отнесения залогового права к обязательственным, а прав арендатора - к вещным правам, использования конструкции "собственности (вещного права) на право" <46>, а также утверждения о том, что большинство гражданских правоотношений являются "смешанными, вещно-обязательственными" <47>.

<46> Данный подход был подвергнут убедительной критике именно с позиций использования классического германского (пандектного) опыта (см.: Крашенинников Е.А. К вопросу о "собственности на требование" // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 12. Ярославль, 2005. С. 31 - 36).

<47> См.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 115 и сл.

В данной связи следует специально отметить, что германская теоретическая конструкция ожидаемого права (Anwartschaftsrecht) при всей своей дискуссионности, как и отстаиваемая в российской литературе концепция исчерпания права, успешно выполняет важную теоретическую функцию - противостоять современным попыткам возрождения феодальных конструкций расщепленной собственности <48>, обоснованно отвергнутым пандектистами еще в конце XVIII - начале XIX в.

<48> Такой подход отстаивается некоторыми современными отечественными авторами (см., например: Богданов Е.В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 2000. N 11; Савельев В.А. Сложноструктурные модели римской собственности и российское право собственности // Древнее право. 2001. N 1(8)).

Другой вывод состоит в возможности дальнейшего развития классификации

гражданско-правовых сделок. С данной позиции становится все более очевидным, что деление сделок на консенсуальные и реальные применимо лишь к сделкам с движимыми вещами (имуществом) и во всяком случае неприменимо к сделкам с недвижимостью (и иным сделкам, подлежащим государственной регистрации). В связи с этим оно уже не может иметь всеобщего значения.

Представляется также возможным использовать идею классификации сделок по сферам их применения. Традиционное для данной классификации обособление семейно-правовых сделок фактически сохранилось в условиях современной российской правовой системы, хотя ее практически общепризнанной особенностью стало отделение семейного права от гражданского. Семейное право сохранило свою частноправовую природу, а кроме того, прямо допускает субсидиарное применение гражданско-правовых норм к регулируемым им отношениям (ст. 4 Семейного кодекса РФ), в частности, к изменению и расторжению типичной семейно-правовой сделки - брачного договора (п. 2 ст. 43 СК).

Другое дело, что в силу исторических и иных особенностей развития отечественного гражданского права для него утратило значение не только различие вещных и обязательственных сделок (которое никогда и не присутствовало в нем в рассмотренном выше германском варианте с его принципами разделения и абстракции), но и выделение наследственных сделок (совершаемых *mortis causa*), поскольку теперь закон прямо объявил завещание обычной односторонней сделкой (п. 5 ст. 1118 ГК).

Вместе с тем бурное развитие корпоративного права, регулирующего в том числе и отношения, которые складываются внутри юридических лиц, побуждает тщательнее присмотреться к юридической природе актов волеизъявления (голосования) участников юридических лиц, формирующих волю своих корпораций, и к самим решениям общего собрания и иных коллегиальных (волеобразующих) органов юридических лиц. Гражданско-правовая природа таких актов в принципе не вызывает сомнений, как и их специфика, обусловленная законной возможностью (правом) участника корпорации непосредственно влиять на формирование ее воли, т.е. воли созданного с его участием юридического лица - контрагента в корпоративном правоотношении ^{<49>}. При этом названные акты либо имеют имущественный характер (к таковым можно, например, отнести согласие на совершение от имени юридического лица определенных сделок; решение о выплате дивидендов или ином распределении полученных доходов; изменение размера уставного капитала и т.д.), либо направлены непосредственно на организацию его имущественных отношений (таковы утверждение отчетов о деятельности юридического лица, принятие его бизнес-плана, решения о его реорганизации и т.п.).

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 2" (под ред. Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2005 (издание второе, переработанное и дополненное).

^{<49>} Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. М., 2000. С. 336 (авторы главы - В.С. Ем, Н.В. Козлова).

Эти обстоятельства дают возможность говорить о своеобразной организационно-имущественной природе таких волевых актов (действий), которая, несомненно, обусловлена спецификой самих корпоративных отношений как особого самостоятельного вида гражданских правоотношений. Несмотря на то что сами корпоративные отношения пока

далеко не всегда признаются самостоятельной составной частью предмета гражданского права, некоторые особенности их правового режима представляются очевидными. В частности, они характеризуются особым субъектным составом и носят относительный характер, а в их гражданско-правовом регулировании, как и в регулировании вещных отношений, явно преобладают императивные, а не диспозитивные начала, свойственные договорным отношениям.

В связи с изложенным представляется возможным выделить наряду с традиционными сделками имущественного характера особой категории корпоративных сделок, имеющих организационно-имущественную природу. При этом вопрос о том, какие общие нормы гражданского права о сделках (в том числе об их недействительности) и в каком порядке (непосредственно или только субсидиарно) подлежат применению к корпоративным сделкам, нуждается в специальном освещении, выходящем за рамки настоящей статьи. На этой основе можно также определить и гражданско-правовую природу некоторых давно известных сделок, традиционно вызывающих теоретические разногласия, прежде всего - учредительного договора <50>. Сказанное может также касаться сделок по реорганизации юридических лиц (договоры о слиянии, присоединении и т.п.) и некоторых других. В любом случае обсуждение такой возможности для российской цивилистики представляется гораздо более плодотворным, чем искусственная, надуманная проблема выделения вещных договоров или распорядительных сделок.

<50> Подробнее об этом см.: Ем В.С., Козлова Н.В. Учредительный договор: понятие, содержание, сущность и правовая природа (Комментарий действующего законодательства) // Законодательство. 2000. N 3; Гражданское право: Учебник. Т. 4: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М., 2006. С. 581 (авторы главы - В.С. Ем, Н.В. Козлова).