

1. В настоящих тезисах дискуссия об абстрактной распорядительной сделке комментируется главным образом применительно к абстрактному вещному договору. Представляется важным обратить внимание на две основные стороны вопроса: (а) культурно-правовая обоснованность заимствования института зарубежного права и (б) гражданско-правовая аргументация в пользу или против данной юридической конструкции.
2. Недостаточно сформулировать и изложить в правовом акте новое гражданско-правовое регулирование, кроме того нужно обеспечить надлежащее правоприменение; практическое применение закона должно соответствовать задуманному, смыслу и цели закона. Высказывание, будто у нас хорошие законы, которые плохо применяются, абсурдно: плохо применяемый закон является плохим законом. Поэтому политико-правовая целесообразность и культурно-правовая обоснованность правовых заимствований (1 (а) выше) должны обсуждаться наряду с сугубо гражданско-правовыми аргументами (1 (б) выше).
3. Введение в российское право института абстрактной распорядительной сделки является правовой реформой, для которой недостаточно решений высших судов, но требуются изменения законодательства. По меньшей мере вне периодов радикальных социальных и правовых преобразований гражданско-правовые реформы не должны предприниматься как личное дело отдельных специалистов или политиков. Напротив, гражданско-правовые реформы требуют широкой поддержки – как профессионального юридического сообщества, так и общества в целом. Поэтому авторы правовой реформы и законодатель должны исходить не из собственных предпочтений и построений, а из общественных ожиданий. Недавно подготовленные масштабные изменения Гражданского кодекса РФ до настоящего времени не стали законом (в основной части) главным образом по причине отсутствия общественной поддержки.
4. Для качественной гражданско-правовой реформы авторам реформы предстоит, по меньшей мере, выполнить следующее: а) определить социальные и правовые проблемы и их причины, ответом на которые должна стать реформа; б) убедиться, что планируемые изменения отражают выработанную в юридическом сообществе позицию; в) изучить вероятные последствия нововведений и предупредить нежелательные результаты реформы.
5. На данный момент введение в российское право института абстрактной распорядительной сделки не соответствуют ни одному из указанных требований (4 (а) – 4 (в) выше). Во-первых, не показано, какие именно проблемы, и каким образом, будут решены благодаря новому гражданско-правовому институту. Стабильность гражданско-правового оборота – общие слова. Очевидно, что во многих развитых правовых системах стабильный оборот (в смысле защиты правового положения приобретателей) надлежащим и достаточным образом обеспечивается в отсутствие абстрактной распорядительной сделки. Во-вторых, институт абстрактной распорядительной сделки (абстрактного вещного договора) едва ли представляет собой юридическую конструкцию, выработанную или принятую юридическим сообществом в России в ответ на реально существующие правовые проблемы. В-третьих, эта правовая реформа не продумана в деталях и со стороны последствий: возможно, конструкция абстрактного вещного договора слишком сильно ухудшит положение собственников и защиту права собственности.
6. Таким образом, заимствование института абстрактной распорядительной сделки не должно предприниматься без предварительного изучения российских правовых условий и особенностей, в том числе

особенностей экономической деятельности, правовой культуры и правоприменения (подготовка нотариусов, качество судопроизводства, фактор коррупции, правовые традиции и проч.), а также без общественной поддержки и понимания. Задача не в том, чтобы пересадить на российскую юридическую почву иностранный правовой институт, но в том, чтобы способствовать развитию отечественного гражданского права.

7. Введение института абстрактной распорядительной сделки подменяет решение насущных правовых проблем адаптацией западного правового института – в тщетной надежде достичь тем самым такого же высокого уровня гражданско-правового регулирования, который демонстрирует взятая за образец западная юрисдикция (Германия). Такой подход не способствует развитию гражданского права. Правовое развитие – дело всего общества, а не всезнающих экспертов, только «юридическое суеверие желает все решать сверху» (Г. Гуго). Задача юристов – квалифицированная помощь обществу, но нельзя навязывать оторванные от местных условий решения и конструкции, какими бы эффективными или изящными они не казались.

8. Правовая рецепция иногда необходима и уместна. Все же постоянная оглядка на развитые правопорядки обрекает российскую правовую систему на положение вечно догоняющего. Если бы английские юристы улучшали английское право подобным образом, то в итоге едва ли возникло своеобразное общее право, которое сейчас служит образцом для многих стран, включая Россию (траст и ряд других правовых институтов). Копия всегда хуже оригинала – чужими плодами здесь сыт не будешь. Уместно высказывание немецкого ученого-юриста Э. Цительманна (*Zitelmann*) касательно самобытности Германского гражданского уложения: «Мы требуем немецкое право, но немецкое есть также и то, что для всего мира было создано римлянами, и что *наш народ мучительным трудом, посредством огромной умственной работы сделал по-настоящему своим*» (курсив мой).

9. По всей видимости, действительная причина эпидемии правовых заимствований в российском частном праве, симптомом которой является обсуждение абстрактной распорядительной сделки, лежит в области, далекой от юриспруденции. Главный мотив современных правовых заимствований – соображения престижа. Здесь не сравнительное качество и пригодность правовых решений иностранной юрисдикции, но популярность, а также культурный и экономический авторитет взятой за образец страны в конечном итоге объясняют правовое заимствование. При этом внеправовые факторы и различные случайности (знание языков, компетентность или особые интересы авторов реформы, страна происхождения иностранных консультантов и проч.) отодвигают на второй план профессиональный юридический подход к правовой рецепции.

10. Имеются все основания для того, чтобы предоставить российской юридической практике и судам возможность самостоятельно и постепенно выработать правовую квалификацию действий по исполнению договорного обязательства и разработать способы решения возникающих в этой области правовых проблем.

11. Вероятно, действия по исполнению договора (передача проданной вещи и проч.), являются сделками, но не распорядительными сделками, т.е. не сделками, направленными на передачу права, а сделками, направленными на исполнение обязательства. Во всяком случае действие по исполнению договора не должно квалифицироваться как абстрактная сделка. Абстрактность представляется чрезмерно искусственной и надуманной конструкцией: исполнение производится не ради исполнения как такового, а ради освобождения от (во исполнение) обязательства.

12. Необходимо подчеркнуть, что даже в Германии – на родине абстрактного вещного договора – строгое разделение обязательственной сделки и отчуждения не применяется в некоторых важных ситуациях. Если основная сделка была совершена под влиянием обмана, то недействительность воздействует не только на обязательственный договор, но и на абстрактный вещный договор. Кроме того, ничтожность поражает обе сделки, обязательственный договор и абстрактный вещный договор, при недееспособности, и, возможно, также в случаях заключения договора в нарушение закона или добрых нравов, по ошибке. Также стороны могут сделать действительность обязательственного договора условием действительности абстрактного вещного договора, хотя не при отчуждении недвижимости. Ничтожность абстрактного вещного договора

предполагается в ситуации ничтожности обязательственной сделки при злоупотреблении тяжелыми обстоятельствами потерпевшей стороны (кабальная сделка).

13. Фиктивность конструкции абстрактного вещного договора очевидна на примере иска об исполнении в натуре, с помощью которого покупатель требует от неисправного продавца передачи владения товаром. В этом казусе поставка товара (фактически произведенная судебным исполнителем) происходит без учета воли продавца. В немецком праве эта несообразность устраняется с помощью квалификация судебного решения об исполнении в натуре как «заменителя» вещного договора. Итак, в Германии ценность доктрины абстрактного вещного договора подвергнута основательным сомнениям. К. Цвайгерт и Х. Кетц: «Но если разумно различать обязательственную сделку и ее исполнение, совсем другое – делать два следующих шага, а именно, превращать исполнение в предмет особого правоотношения, “вещный договор”, и затем настаивать на том, что этот вещный договор является “абстрактным”, то есть полностью не зависящим от недействительности обязательственной сделки. Хотя эти теоретические построения не имеют ничего общего с реальными намерениями сторон и в этом смысле являются “фальшивыми” (“false to life”), с ними можно было бы смириться, если бы они вели к выводам, ценным для практики. Но как раз это не имеет место» (Zweigert K., Kötz H. Introduction to comparative law. 1st ed. Vol. 1. Amsterdam, 1977. P. 188).

Высказанные тезисы более подробно изложены в моих работах:

- *Слыщенко В.А.* Договор купли-продажи и переход права собственности. М.: Статут, 2011;
- *Слыщенко В.А.* Проект изменений Гражданского кодекса и принципы законотворчества // Законодательство, N 8, 2011. С. 9 – 20.