

А.Х. Гольмстен

УЧЕНИЕ О ПРАВЕ КРЕДИТОРА

**опровергать
юридические акты,
совершенные должником
в его ущерб,
в современной
юридической литературе**

Москва
2019

УДК 334(091)+346.26(091)
ББК 65.9(2Рос)09+67.404.1
Г636

Гольмстен А. Х.

Г636 Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / под ред. А.Г. Смирных. — М.: «Издание книг ком», 2019. — 264 с.

ISBN 978-5-6042642-5-6

Книга известного дореволюционного российского юриста А.Х. Гольмстена представляет собой глубокое исследование проблем оспаривания сделок несостоятельного должника. Несмотря на почтенный возраст, она по-прежнему сохраняет актуальность при явной недостаточности современных работ, рассматривающих правовую проблематику банкротства на более глубоком научном уровне, чем это необходимо для локальных практических вопросов.

В книге подробно рассматривается вопрос о том, почему кредитор может оспаривать сделку должника, к которой он формально не имеет никакого отношения, и предлагается его оригинальное теоретическое решение. Автор исследует проблемы недействительности возмездных и безвозмездных сделок, оспаривания последующих договоров залога, досрочных и срочных погашений задолженности и многие другие проблемы, до сих пор не имеющие однозначного ответа. Поэтому книга не только ценна с исторической точки зрения, но и способна помочь при выработке практических решений, в том числе при обосновании позиции стороны в судебном споре. Книгу можно рекомендовать практикующим юристам, студентам правовых специальностей, а также всем, интересующимся проблемами несостоятельности (банкротства) и оспаривания сделок.

УДК 334(091)+346.26(091)
ББК 65.9(2Рос)09+67.404.1

ISBN 978-5-6042642-5-6

© ООО «Издание книг ком»,
о-макет, 2019

Предисловие

Развитие отечественного банкротного права в новейшей правовой истории России характеризуется, с одной стороны, заимствованием соответствующих зарубежных правовых конструкций, с другой стороны, — эти конструкции зачастую заимствуются выборочно, бессистемно и без должной доктринальной проработки. В результате создается впечатление, что отечественное банкротное право развивается с нуля, путем правоприменительных проб и ошибок, без опоры на значительный научный опыт. Однако анализ дореволюционной литературы в сравнении с современными зарубежными источниками показывает, что за период отсутствия банкротного права на территории нашей страны в ее советский период не все институты банкротного права сделали существенный рывок в своем развитии за рубежом. В полной мере это утверждение касается института конкурсного оспаривания, берущего свое начало от *actio Pauliana* и сохранившего многие черты этого иска до наших дней.

В связи с этим работу Адольфа Христиановича Гольмстена «Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его

ущерб, в современной юридической литературе» трудно переоценить. Это невозможно сделать еще и потому, что его исследование опиралось на работы немецких цивилистов, и не только знаменитых, а, как известно, глава III.1 действующего российского Закона о банкротстве заимствована у немецкого банкротного права. Как же интересно в этой связи, например, читать споры немецких ученых о том, насколько длинным должен быть период подозрительности, и вполне современный вывод о том, что такой период должен быть коротким, поскольку иное опасно для оборота.

Вот выдержка из книги о периоде подозрительности по безвозмездным сделкам: «Что касается безвозмездных актов, то там этого гарантирующего средства нет. Законодательства, допускающие опровержения этих актов *bona fide*, устанавливают и срок, в течение коего они могут быть опровергнуты (германский и австрийский законы устанавливают годовой срок). Не будь этого срока, можно было бы с совершенной легкостью опровергать все дарственные акты, когда-либо совершенные должником, признав их убыточными для кредитора, хотя бы они и были совершены *sine animo fraudandi* /без намерения причинить вред/. Если же установлен краткий срок и тем как бы предполагается, что дарение совершено *cum animo fraudandi* /с намерением причинить вред/, то опасности для прочности гражданского оборота никакой ожидать нельзя».

Несмотря на то, что язык А.Х. Гольмстена сложно назвать легким и непринужденным, после «настройки» на его слог работа читается не менее захватывающе, чем знаменитый банкротный

труд Г. Ф. Шершеневича. Работа А. Х. Гольмстена построена, как уже говорилось, на очень интересной дискуссии немецких ученых, и нахождение в ней истоков действующих норм главы III.1 Закона о банкротстве доставляет ни с чем не сравнимое удовольствие банкротному юристу.

Примечательно, что российский юрист не соглашается с превалирующей в немецкой доктрине деликтной теорией конкурсного оспаривания, а пытается разработать свою, отдавая при конкурсном оспаривании приоритетную защиту более активным кредиторам, уже обратившимся к судебной защите, фактически развивая учение ряда немецких исследователей о так называемом арестном залоге: «Фингируя /создавая фикцию/ право судебного залога, мы, однако, не признаем существования права залога в лице кредитора, то есть далеки от принятия взгляда Лорана... Право судебного залога может иметь не всякий кредитор, а лишь тот, который стал взыскателем; так что, строго говоря, возражение, будто кредитор, по нашему мнению, в сущности, имеет право залога, не особенно богато смыслом, — судебное право залога отнюдь не такое право, которое может принадлежать всякому кредитору». Как здесь не пожалеть о том, что эта книга выходит с некоторым опозданием, пояись она раньше, возможно, Верховный Суд Российской Федерации и не ограничил бы действие статьи 174.1 ГК РФ при банкротстве.

А как сегодня актуален вывод о форуме по искам конкурсного оспаривания. Автор наряду с большинством немецких юристов приходит к выводу о том, что не должно быть никакого общего пра-

вила о соединении этих исков в одном месте (как у нас сейчас в деле о банкротстве): «Господствующее в науке мнение склоняется в пользу отсутствия надобности в каком-либо одном специальном основании подсудности для исков об уничтожении акта. Применены должны быть правила процессуального законодательства о подсудности, смотря по характеру данного иска».

Такой вывод как раз подтверждает, что в конкурсном оспаривании более важна специализация судьи в том или ином конкретном правоотношении, чем в общих, универсальных принципах опровержения действий, совершенных во вред кредиторам, — шах и мат тем, кто горячо отстаивает аккумуляцию всех исков в деле о банкротстве и предлагает банкротным судьям быть глубокими специалистами во всех отраслях права.

А.Х. Гольмстен в своей работе также ставит множество интересных вопросов, многие из которых только начинают возникать в современной судебной практике.

Например, автор указывает, что притязать кредиторы могут лишь на то имущество, которое уже входит в состав имущества должника, составляет его частную принадлежность (как тут не увидеть отсылку к действующей норме статьи 131 Закона о банкротстве об имуществе, входящем в состав конкурсной массы). Но автор далее задается вопросом: «Между тем, как мы видели, и еще не приобретенное право, а лишь по предположению принадлежащее лицу, входит в состав его имущества, и если лицо от него отказалось, то акт отказа может быть уничтожен. Наиболее харак-

терным случаям такого отказа является отречение от наследства. Можно ли кредиторам опровергать акт отречения от наследства?» И дальше ставит еще более интересный вопрос, редкий в практике, но интересный с точки зрения доктрины: «Можно ли имущество, подаренное, но еще не принятое одаренным, считать принадлежащим к составу его имущества, и, следовательно, допустить опровержение отказа от дара?»

Ответы на эти и многие другие вопросы читатель найдет на страницах книги, как и ответ на самый главный вопрос о том, удалось ли автору выработать свою собственную теорию конкурсного оспаривания или убедить в том, что опровержение акта должно строиться на иных принципах, нежели недобросовестность контрагента?

Надеюсь, я достаточно заинтриговал читателя, чтобы он без промедления приступил к увлекательному исследованию. Желаю приятного чтения, дорогие друзья!

*Р. Т. Мифтахутдинов,
доцент СПбГУ, доцент МГЮА, к.ю.н.
Москва, 2019*

От редактора

Работы А.Х. Гольмстена по вопросам гражданского процесса неоднократно переиздавались в современной России, но до последнего времени его исследования проблем банкротства оставались незаслуженно забытыми. Думается, не в последнюю очередь это вызвано довольно тяжеловесным стилем его книг и сравнительно малой известностью А.Х. Гольмстена как исторического деятеля. Для сравнения, работы по гражданскому праву К.П. Победоносцева ничуть не более удобочитаемы, но имя автора по-прежнему привлекает к ним определенный интерес.

В прошлом году мы переиздали «Исторический очерк русского конкурсного процесса», теперь предлагаем вашему вниманию «Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе».

Представляемая читателю книга единственный раз была издана в 1893 году. Может возникнуть вопрос, — зачем сейчас читать написанную более ста лет назад довольно тяжеловесную по стилю книгу, подробно рассматривающую научные «разборки»

между цивилистами XIX века, имена большинства которых ничего нам не говорят?¹ Но внезапно оказывается, что, казалось бы, давно забытая юридическая дискуссия способна дать нам новые идеи. Часто ли мы задумываемся, например, о том, почему вообще возможно оспаривать в банкротстве сделку, к которой кредиторы не имеют ни малейшего отношения (она заключена третьими для кредиторов лицами)? А это не только отвлеченная теоретическая проблема, как можно было бы подумать. Для ее решения А.Х. Гольмстен привлекает теорию судебного залога, которая могла показаться умозрительной еще десять лет назад; но в ходе реформы гражданского права институт судебного залога вновь появился в российском законодательстве. И в этом свете рассуждения автора вновь становятся практически значимыми.

Изложенный в книге материал сохраняет актуальность и с учетом дефицита современных исследований, рассматривающих правовую проблематику банкротства на более глубоком научном уровне, чем это необходимо для разрешения локальных вопросов правоприменения.

Об актуальности работы А.Х. Гольмстена свидетельствует и то обстоятельство, что она по-прежнему активно цитируется в современной ли-

¹ Мы, конечно, не имеем в виду классиков немецкой цивилистики, на которых также ссылается А.Х. Гольмстен (Савиньи, Иеринг, Дернбург, Виндшейд), но в основном речь у него идет о других юристах, которые для нас видятся авторами второго плана (Иекель, Корн, Менцель, Фельдерндорф, Козак и т.д.).

тературе по банкротству. Поиск с использованием справочной правовой системы «КонсультантПлюс» выдает десятки публикаций, авторы которых ссылаются на «Учение о праве кредитора...».

Издание 1893 года — не самый доступный и удобный источник цитирования. Поэтому переиздание книги в современной орфографии с переводом цитат на иностранных языках², а также с небольшими комментариями, в которых проводятся параллели между рассматриваемыми автором проблемами и современным состоянием российского законодательства, стало вполне актуальной задачей.

Стилистические особенности исходного текста по возможности сохранены с незначительными правками, в основном касающимися разделения сложносочиненных предложений, не очень удобных для восприятия, и упрощения нумерации отдельных фрагментов текста, к которой автор, по видимому, питал особое пристрастие.

Примечания редактора в тексте выделены косыми скобками. Примечания-комментарии редактора приведены в постраничных сносках (их принадлежность редактору прямо указывается в тексте примечания). Перевод цитат из Дигест Юстиниана сделан по изданию под ред. Л.Л. Кофанова (М.: Статут, 2002–2006). Перевод иностранных (латинских, немецких, французских)

² Для научной литературы рубежа XIX — начала XX века казалось само собой разумеющимся, что ученый юрист владеет основными европейскими языками, поэтому цитаты приводились без перевода.

юридических терминов и устойчивых выражений приводится при их первом появлении в тексте; в дальнейшем они приводятся без перевода. Наиболее часто употребляющиеся латинские термины и выражения выделены в краткий словарь, приведенный на следующей странице. Авторские ссылки на нормативные акты и литературу приведены по первому изданию.

*А. Г. Смирных, к.ю.н.
Москва, 2019 г.*

Краткий словарь наиболее часто используемых в книге латинских терминов

Accessorium — принадлежность

Actio in rem — вещный иск

Actio iudicati — иск об исполнении судебного решения

Actio Pauliana — иск по римскому праву о признании недействительной сделки должника, совершенной в преддверии наступления неплатежеспособности и направленной на сокрытие имущества должника от кредиторов

Animus fraudandi — намерение причинить вред

Bona et mala fide — добросовестно и недобросовестно

Conscientia fraudis — сознание, осведомленность об обмане

Cum omni causa — со всеми принадлежностями

Dolus — обман (в широком смысле)

Exceptio ex jure tertii — исключение (эксцепция), основанное на праве третьего лица

Ex lege — из закона, в силу закона

Fraus — вред, обман

Imploratio officii iudicis — просьба, ходатайство об исполнении судебного акта

In fraudem creditorum — во вред кредиторам

Quatenus locupletiores facti sunt — в размере своего обогащения

А.Х. Гольмстен

**УЧЕНИЕ О ПРАВЕ КРЕДИТОРА
ОПРОВЕРГАТЬ ЮРИДИЧЕСКИЕ
АКТЫ, СОВЕРШЕННЫЕ
ДОЛЖНИКОМ В ЕГО
УЩЕРЬ, В СОВРЕМЕННОЙ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ**

Предисловие автора

Предложенные доселе конструкции *actionis Paulianae*³ в современном его виде столь неудовлетворительны, что заменить их новой, более отвечающей характерным чертам этого своеобразного юридического явления, казалось нам настоятельно необходимым. Таковой, по нашему мнению, должна быть конструкция его как особого права взыскателя, по требованию которого установлен судебный залог в имуществе должника.

Ближайшей нашей задачей было: наметить с возможной осторожностью главнейшие основания судебно-залоговой теории, проверить и сопоставить ее с другими теориями. Для выполнения этой задачи мы могли воспользоваться одним из трех ведущих к тому путей, избрав соответственно этому

³ *Actio Pauliana* — существовавший в римском праве иск о признании недействительной сделки должника, совершенной в преддверии наступления неплатежеспособности и направленной на сокрытие имущества должника от кредиторов. Подробно об этом иске с точки зрения современного понимания конкурсного права см., например, Телюкина М.В. Механизм *Actio Pauliana* как конкурсно-правовой способ защиты интересов кредиторов. // Правовое регулирование осуществления и защиты прав физических и юридических лиц. Минск. 2014. С. 334–339. Любопытно, что этот иск, положивший основание современному оспариванию сделок в банкротстве, появился раньше, чем само банкротство в нашем понимании. (Прим. редактора)

и материал, которым можно бы было оперировать, а именно: мы могли бы предложить исследование по римскому праву, по современным законодательствам и по данным, выработанным наукой. Если бы в задачу нашу входила всесторонняя разработка избранного материала, то мы должны бы были пользоваться материалом и того, и другого, и третьего рода. Ближайшая же задача наша, казалось нам, будет выполнена путем пользования материалом лишь одного рода. Но на котором же из них остановиться? Который лучше приведет к желаемой цели? — задали мы себе прежде всего вопрос.

Римское право по избранному нами учению является далеко недостаточным и неблагодарным материалом, — *actio Pauliana* один из наименее разработанных институтов римского права, да и римская жизнь его выработала в форме, непригодной для современного быта. Достаточно вспомнить, что, с точки зрения римского права, *actio Pauliana* находился в тесной связи с конкурсным процессом, с *missio in bona* /введение истца во владение имуществом ответчика/⁴, *emptio bonorum* /принудительная продажа имущества должника/, *cessio bonorum* /добровольная уступка должником имущества кредитору/ и т.п., что оно допускало в равной степени предъявление *actionis Paulianae* против самого должника, как и против третьего лица, что оно не допускало опроверже-

⁴ Латинские юридические термины в настоящем издании приводятся в переводе при их первом употреблении, в дальнейшем употребляются без перевода. (Прим. редактора)

ния акта⁵, совершенного лицом ранее, чем оно стало должником данного опровергающего акт кредитора, и т.д.

Словом, масса вопросов или вовсе не находят себе разрешения в римском праве, или разрешаются в слишком узком смысле, не отвечающем требованиям нашего времени. Ввиду этого избрать его как материал было неудобно, — пришлось бы на каждом шагу или восполнять пробелы общими соображениями, или противопоставлять эти соображения данным римского права.

Что касается современных законодательств, то такой выбор привел бы к следующим неудобствам. Неравномерное распределение законодательного материала между Германией и Австрией, имеющими обстоятельные специальные законы об опровержении актов, с одной стороны, и другими государствами, насчитывающими лишь пару статей в своих кодексах, — с другой, привело бы к тому, что труд наш обратился бы или в исследование по германскому и австрийскому праву, или — если бы включить в него разработку громадной судебной практики Франции, Италии, России и др., восполняющей пробелы в кодексах, — в обширное догматическое сочинение; первый результат был бы слишком односторонен, второй, наоборот,

⁵ В терминологии современного российского законодательства — оспаривание сделок. Следует отметить, что терминология А.Х. Гольмстена более точна с формальной точки зрения, так как по правилам ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) оспариванию подлежат далеко не только сделки (п.3 ст. 61.1). (*Прим. редактора*)

выходил бы далеко за пределы ближайшей нашей задачи.

Наиболее отвечающим этой задаче мы сочли выбор научно-литературного материала. Последнее десятилетие чрезвычайно богато исследованиями по занимающему нас институту, — какая масса теорий предложена, сколько сделано попыток проведения этих теорий, сколько создано теорий по отдельным вопросам!.. Конечно, все эти теории находят себе или почву и исходную точку для оценки либо в римском праве, либо в том или другом из современных законодательств, но вместе с тем в каждом из исследований, посвященных нашему вопросу, можно выделить, хотя это и сопряжено с большими трудностями, то, что принадлежит самому автору; это определение существа и основной идеи института, ряд выводов, логически из них вытекающих, соображения *de lege ferendae*, положения, выражающие общий смысл исследуемых норм и т.п., словом, то, что составляет теорию данного вопроса. В настоящем труде и мы выделили теоретическую сторону занимающего нас института, насколько она проявилась у авторов, писавших о праве опровержения кредитора, и обратили все, добытое путем такого выделения, в самостоятельный научный материал.

Считаем нужным оговорить, что такую теоретическую постановку вопроса мы отнюдь не считаем особым методом исследования, — это лишь одна из сторон, проявляющихся при применении догматического метода. Это не есть нечто беспочвенное, что черпается из разума, — нет, те идеи, выводы, соображения и положения, которые образуют собой

эту теоретическую сторону, стоят на прочной почве положительного права. Если эта сторона и может быть выделена при монографической разработке того или другого института, то это не значит, что исследованию подлежит нечто отрешенное от жизни, нечто фантастическое. Это значит лишь, что почва, на которой зиждятся отдельные положения, уже изучена, и достаточно знакома, и в данный момент не привлекает к себе взора исследователя, — он занят другой стороной — стороной теоретической. Такой прием выделения теории в гражданском праве встречается очень редко, но зато он практикуется с большим успехом и пользой в других областях юриспруденции. В гражданском праве прием этот чаще всего замаскировывается попутными толкованиями фрагментов из *Corpus juris civilis* — фрагментов, являющихся, по существу, научно-литературным материалом.

Применяя указанный прием, мы, однако, не могли совершенно обойтись без обращения к римскому праву и современным законодательствам, особенно первым пришлось пользоваться по многим вопросам более общего характера.

А. Х. Гольмстен

Глава первая

Основание права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Право кредитора опровергать акты, совершенные должником в его ущерб, с обыденной точки зрения представляется явлением совершенно естественным и простым: чего естественнее и проще предоставления кредитору, лишенному фактической возможности взыскать причитающуюся ему сумму с должника, права требовать уничтожения актов, по коим должник привел себя в состояние совершенной неоплатности. Он действительно или фиктивно продал все свое имущество, отказался от принадлежащих ему прав, раздарил свое имущество и т.п. с целью лишить кредитора возможности получить удовлетворение. Было бы несправедливо оставлять кредитора в этом невыгодном и обидном положении и преклоняться перед актом, законно совершенным, оставляя его в полной силе.

Как все это ни просто, ни естественно, но с научной точки зрения вопрос о праве кредитора опровергать акты, совершенные должником, — одна из сложнейших и труднейших проблем. Трудность и сложность касается не только деталей всего уче-

ния, но и оснований права кредитора. Объясняется же и та, и другая тем, что кредитор осуществляет это свое право против совершенно постороннего для него лица по поводу действия, совершенного не только этим лицом, но и его должником, — это с одной стороны. С другой, мы имеем дело с совершенно исключительным явлением. Два лица, должник и его контрагент, совершили сделку, вступили в юридическое отношение; является третье лицо (кредитор) и разрушает сделку, разрывает юридическое отношение. Где же основания этого права?

В теории имеется масса попыток установить это основание, попыток часто очень остроумных, но, в общем, нет ни одной вполне удовлетворительной, законченной. Главнейшие учения отдельных авторов мы сводим к трем группам или теориям: 1) деликтная теория, 2) теория исключительной охраны интересов кредиторов и 3) теория исполнительной силы судебного решения.

I. Деликтная теория. Исходной точкой этой теории является то, что основанием права кредитора опровергать сделки является деликт, совершенный должником совместно с его контрагентом.

Одни, например, Отто⁶, почитают обоих необходимыми соучастниками деликта, так как предполагается, что приобретатель имущества соглашается на совершение вместе с должником убыточного для кредитора действия.

⁶ Otto. Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt. Rossberg. 1881. S. 10–11.

Другие, например, Гарцфельд⁷ и Франке⁸, относят третьему лицу как бы второе место, называя его помощником должника. Против последних Отто⁹ основательно, со своей точки зрения, возражает, что на третьем лице лежит вполне самостоятельная юридическая обязанность уклоняться от соучастия в действии, убыточном для кредитора, если ему, конечно, известно положение должника. Это-то соучастие и образует собой фактический состав деликта, направленного к причинению кредитору ущерба посредством лишения его имущества, которое может служить объектом взыскания. Деликт этот характеризуется как гражданское правонарушение, ибо совершитель отвечает за него перед другим в размере причиненного ущерба¹⁰, иначе между совершителем и кредитором устанавливается обязательственное отношение по вознаграждению за вред и убытки¹¹.

В дальнейшем замечается существенный разлад между сторонниками деликтной теории: одни стремятся провести ее с полной последовательностью, другие вносят в нее разделение принципов. Остановимся сначала на последних.

⁷ Hartzfeld. *Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen* в *Zeitschrift für Franz. Civilrecht*. B. XIV. U. 3. S. 485–486.

⁸ Francke. *Verkürzte Gläubiger und spätere Besitzer der Verkürzungs halber veräußerten Sachen* в *Archiv für die civilistische Praxis*. B. 62. H. 3. S. 480.

⁹ Otto. Указ. соч. С. 11.

¹⁰ Korn. *Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurse*. 3 Aufl. S. 251.

¹¹ Otto. Указ. соч. С. 11.

Выдающийся представитель этого направления, Отто¹², а за ним Цюрхер¹³ и другие находят возможным применить принцип деликта лишь к одной категории случаев опровержения актов должника¹⁴, а именно, когда имеется *conscientia fraudis* /осведомленность об обмане, о причиняемом вреде/ на стороне третьего лица, но так как и римское право¹⁵, и современные законодательства¹⁶ знают случаи, когда за кредитором признается право опровержения и при *bona fides* /добросовестности/ третьего лица, например, когда акт безвозмезден, то тут деликт уже не может служить основанием права, деликта может и не быть.

Приходится рядом с ним выставить для этих случаев другое основание: по мнению Отто, таковым является обладание без признанного правом основания, неправомерное обогащение, и ответственность третьего лица не идет далее пределов его действительного обогащения¹⁷. Словом, выставляют в сущности два принципа; рядом с деликтным — еще другой. Эта непоследовательность

¹² Otto. Указ. соч. С. 12.

¹³ Zürcher. Die actio Pauliana nach gem. Recht und d. neuen Codific. S. 30. Применение деликтного принципа Цюрхер считает общим правилом, применение же принципа неправомерного обогащения — исключением.

¹⁴ Этим дается основание делать им упрек в непоследовательности. Cosack. Das Anfechtungsrecht der Gläubigereines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach Deutsch. Reichsrecht. S.16.

¹⁵ Дигесты Юстиниана (далее — Дигесты). 42.8.10.

¹⁶ Германский закон 21 июля 1879 г., § 3 п.п. 2, 3, 4. Австрийский закон 16 марта 1884 г., § 30.

¹⁷ Otto. Указ. соч. С. 13–14.

дала основание другим ученым отыскать признаки деликта и в тех случаях, в которых Отто и другие признают принцип неправомерного обогащения.

Так, Шенеман¹⁸ признает, что с того времени, как третье лицо, получившее *lucrum /выгоду/*, благодаря предъявлению к нему иска или ранее узнает, что оно обогатилось на счет другого и, следовательно, что приобретение его по отношению к кредитору противной стороны неправомерно вследствие совершения этой стороной деликта, и при этом третье лицо оставляет приобретенное у себя, лицо это должно рассматриваться как участник совершенного должником деликта. Шенеман видит нечто противное правовому порядку, прямо недозволенное в приобретении имущества, отнятого у другого посредством деликта, и в оставлении его у себя по наступлении известности о том пути, по которому имущество перешло к данному лицу. Но различие случаев приобретения имущества при первоначальном деликте и при последующем, то есть при возмездном приобретении *cum conscientia fraudis /с осознанием обмана, недобросовестности/* и при безвозмездном, вызывает и различие в ответственности: в первом случае третье лицо отвечает в полной мере, во втором — в пределах обогащения.

Корн¹⁹ несколько иначе распространяет деликтный принцип на безвозмездное приобретение в ущерб кредиторов. По его мнению, если мы имеем перед собой объективно недозволенное дей-

¹⁸ Schönemann. Die Paulianische Klage wegen Veräusser. Zahlungsunf. Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger. S. 10–11.

¹⁹ Korn. Указ. соч. С. 100–101.

ствие, то уже во имя справедливости должны допустить, что даже добросовестный соучастник этого действия обязан возвратить пострадавшему имущество, в его ущерб приобретенное, насколько оно им *bona fide* /добросовестно/ не потреблено и не истреблено²⁰.

Такова в общих чертах деликтная теория. Против нее было высказано немало основательных возражений. Прежде всего, она имеет против себя то, что не дает единого принципа, на котором мог бы быть построен цельный институт²¹. Это нельзя не считать недостатком самой теории. Отказаться от отыскания такого единого принципа, как это делает Краснопольский²², нет основания: названный ученый совершенно основательно считает полезным установление вообще единого принципа, как для уяснения норм данного института, так и для аналогичного их применения, но отказывается установить его в этом случае. Такой по меньшей мере пессимизм нельзя одобрить, — основательная научная разработка вопроса о праве кредитора опровергать сделки должника началась сравнительно недавно, и если в настоящее время, по мнению Краснопольского, единый принцип не найден, то это не значит,

²⁰ Эта теория, несомненно, имелась в виду римскими юристами, видевшими основание *actionis Paulianae in dolus* /обмане в широком смысле/ — во *fraus* и *conscientia fraudi* /обмане и осведомленности об обмане/. См. Дигесты. 42.2.1. § 9, 10.

²¹ Cosack. Указ. соч. С. 16.

²² Krasnopolski. Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner в Zeitschrift f.d. Priv. u off. Recht. B.14. H.1. S. 65.

что его нельзя найти. Никаких данных в пользу такого мнения мы не имеем.

Признавая, таким образом, основательность упомянутого возражения, мы полагаем, что указанный недостаток деликтной теории, то есть раздвоенность ее, не устранен ни Шенеманом, ни Корном, ибо лежит в основной его идее. Обладание имуществом *mala fide* /недобросовестно/, что всегда имеет место при *conscientia fraudis* на стороне третьего лица, при соучастии его в деликте должника, порождает ответственность, которая заключается в возврате вещи *cum omni causa* /со всеми принадлежностями/. При безвозмездном же отчуждении *in fraudem creditorum* /во вред кредиторам/²³ и если лицо действительно *bona fide*, ответственность допускается лишь *in quantum locupletiores facti sunt* /в размере обогащения/.

Переместить ответственность за *omnis causa* /все основания/ на случаи простого обогащения нельзя: это значило бы отрицать всякое юридическое различие между *bona* и *mala fides*. Точно так же и наоборот, допустить ответственность в пределах обогащения при совершении деликта логически невозможно. В этой-то ошибке повинны Шенеман и Корн: оба они различают *bona* и *mala fides*, не отрицают *bona fides* на стороне третьего при безвозмездном приобретении, но в то же время допускают соучастие его в деликте или, как Корн прямо говорит, добросовестное участие в деликте. Это

²³ Имеются в виду сделки по выводу активов должника, совершаемые с целью причинить вред другим кредиторам. (Прим. редактора)

contradictio in adjecto /противоречие в определении/: если лицо действует добросовестно, то оно не соучастник деликта, если оно соучастник, то не может действовать добросовестно...²⁴

Но, связывая с этим добросовестным участием в деликте последствия обогащения, Шенеман разъясняет отстаиваемые им положения. Он говорит, что при безвозмездном приобретении третье лицо отвечает в пределах обогащения, то есть в пределах его *dolus'a*, *dolus* же его начинается с момента предъявления к нему иска. Это разъяснение в состоянии только затемнить основное положение; ответственность в пределах обогащения и в пределах *dolus'a* — две вещи совершенно разные; добросовестный приобретатель по безвозмездной сделке отвечает в пределах обогащения, например, доходы с имущества он не возвращает, если же он отвечает в пределах *dolus'a*, то этот предел, ввиду основного положения Шенемана, кладется моментом предъявления иска, — он возвращает вещь *cum omni causa* с момента предъявления иска. Пределы *dolus'a* ровно никакого значения не имеют при определении ответственности за обогащение, — если лицо отвечает за обогащение, то *dolus* тут не при чем; вплетать его — значит, обнаруживать шаткость основного положения.

Поправка Шенемана и Корна имеет и другие недостатки. Так, Корн дает не *ratio juris*, а *ratio legis*

²⁴ Grutzmann. Das Anfechtungsrecht der benacht. Konkursgläubiger nach gemeinem Recht und der Reichs-Konkursordnung. S.189. Грюцман выражается очень мягко, восклицая: *Welche Unklarheit!* /какая неясность!/.

/т.е. познание не общего принципа права, а основания закона/ права безусловного опровержения безвозмездных актов; он обращается к идее справедливости, которая, может, и должна иметь значение для законодателя, но для юридического обоснования уже данного явления непригодна. Шенеман в этом случае не сошел с догматической почвы, но он повинен в другом: момент предъявления иска к обогатившемуся может иметь значение лишь на будущее время, но ничего не дает для определения взгляда лица на действие, им совершенное во времена прошедшие; сам Шенеман, как видно, не желает придать *dolus* обратной силы, что было бы, конечно, последовательно, но вызывало бы ряд других возражений²⁵.

С другой стороны, допуская, что удержание вещи по предъявлении иска делает самое приобретение ее (до предъявления иска) противоправным, Шенеман, по справедливому замечанию Менцеля²⁶, представил *circulus vitiosus* */порочный круг/*: удержание неправомерно, когда неправомерно приобретение, и приобретение неправомерно, когда неправомерно удержание; против правильности первого положения едва ли кто станет спорить, а если так, то неправильно второе.

²⁵ Отто (Указ. соч. С. 65) совершенно неосновательно возражает против этой фикции, приписывая ее Шенеману. Последний даже прямо говорит, что ответственность сознающего и не сознающего деликт различны, второй отвечает «*soweit sein dolus reicht*» /в меру его недобросовестного поведения/.

²⁶ Menzel. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach öster. Rechte. S. 20–21.

Не отрицая, таким образом, верности выражения, что деликтная теория не дает и не может дать единого принципа, нельзя не сделать представителям ее и других упреков. *Во-первых*, если основание права кредитора по отношению к контрагенту его должника есть деликт, который порождает обязательство вознаграждения за убытки²⁷, то это обязательство и должно подлежать рассмотрению. А между тем все представители деликтной теории рассматривают в этом случае как последствие деликта не вознаграждение за убытки, а лишь возврат полученного. Они, конечно, правы: признавать право кредитора требовать уничтожения акта, совершенного должником, правом на вознаграждение нельзя²⁸, такую квалификацию надо считать неудовлетворительной как по теоретическим, так и по практическим соображениям. Первые заключаются в том, что возвращение отчужденной вещи в состав объектов взыскания бесследно погашает притязание кредитора к третьему лицу. Дальше того ответственность этого лица не идет, — оно не отвечает ни за *damnum emergens*, ни за *lucrum cessans* /*реальный ущерб и упущенная выгода*/, что, конечно, имело бы место, если бы право последнего было правом на вознаграждение²⁹.

²⁷ Hartmann. Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechthandl. Eines Schuldnes ausserhalb des Konkursverfahrens. 3 Aufl. S. 20.

²⁸ Взгляд этот находим у Capmas. De la revocation des actes faits par le debiteur en fraude des droits du creancier. P. 76.

²⁹ Hartmann. Указ. соч. С. 20–21.

С практической стороны нельзя не признать, что упомянутая квалификация права кредитора вызвала бы ряд неудобств в осуществлении этого права. Ни для кого не тайна, что иски о вознаграждении — большое место современных законодательств; провести эти иски с полным успехом почти невозможно. Обрекать на ту же участь иски об уничтожении актов едва ли целесообразно. Независимо от недостатков законодательства, иски об уничтожении актов при квалификации их как исков о вознаграждении вызвали бы ряд таких затруднений, которые обратили бы самое право кредитора в нечто призрачное. Так, вопрос о размере причиненного убытка, о влиянии собственной небрежности кредитора, о распределении вознаграждения между несколькими пострадавшими кредиторами и т.п. — все это вопросы, удовлетворительное разрешение коих труднодостижимо³⁰.

Затем, *во-вторых*, возражают: если бы основанием права кредитора на уничтожение акта был деликт, то при успешном исходе процесса юридическое отношение между должником и его контрагентом исчезло бы бесследно; если деликт раз признан судом, то акт, при посредстве его совершенный, теряет силу, а с ним вместе и отношение между контрагентами; нельзя допустить такое разделение действия, при котором возникшее между сторонами отношение теряет силу извне и сохраняет ее внутри. Между тем в случае опровержения

³⁰ Kaserer. Die Gesetze von 16 März 1874, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (мотивы закона). S. 41, 42.

акта кредиторами, после признания акта недействительным, третье лицо, например, уплатившее за купленную *cum conscientia fraudis* вещь, имеет право обратного требования к должнику; отношения между сторонами не прекращаются³¹. Выходит, что действие рассматривается как деликт по отношению к третьему лицу и сохраняет характер правомерного действия перед контрагентом³².

Если вторая часть этого положения верна, и это подтверждают современные законодательства, то, очевидно, неверна первая его половина. *В-третьих*, сами представители деликтной теории не отрицают права третьего лица, приобретшего имущество путем сделки, требовать от кредитора возмещения различных издержек (о чем речь впереди)³³. Если бы лицо это действительно совершило деликт, то каким образом оправдать его право на возмещение этих издержек? Если действие, им совершенное, деликт, то, как справедливо замечает Козак³⁴, ни о каком возмещении издержек речи быть не может. *В-четвертых*, не лишено значения и то соображение против деликтной теории, что она оставляет нас в совершенно беспомощном положении при встрече с любопытнейшим случаем опровержения акта кредитором, — а именно, когда акт совершен данным лицом, еще не ставшим должником. Скажем, лицо это раздарило свое имущество, затем

³¹ Указ. соч. С. 17, 18.

³² Iaeckel. Die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserh. des Konkurses. S. 159.

³³ Iaeckel. Указ. соч. С. 151.

³⁴ Cosack. Указ. соч. С. 269.

вступает в долговое отношение и оказывается не-исправным, — кредиторы при наличии условий, требуемых законом, могут опровергать дарственный акт (об этом речь впереди). Можно ли сказать, что в этом случае должник, даря свое имущество, совершает деликт, а одаренный — является соучастником этого деяния? Если кредиторов у дарителя во время совершения дара не было, то и права их не могли быть нарушены.

Наконец, *в-пятых*, на наш взгляд, наиболее существенный недостаток деликтной теории тот, что придается неправильное значение процессуальной стороне исследуемого института, стороне, в которой, как мы ниже постараемся доказать, лежит весь центр тяжести института. Представители деликтной теории и эту сторону, так сказать, внесли в свое учение, но вместо того, чтобы извлечь из нее выгоду, обнаружили, благодаря этому, недостатки своей теории. Так, Отто³⁵ и Иекель³⁶ наличие акта, обладающего судебно-исполнительной силой, вносят в число необходимых (*unerlässliche*) моментов фактического состава деликта; конечно, эта исполнительная сила имеет первенствующее значение в этом вопросе, но, внося это условие в состав деликта, они совершенно извращают понятие деликта³⁷. Гельман³⁸ справедливо замечает, что деликт заключается в известном образе действия совершителя его, а потому

³⁵ Otto. Указ. соч. С. 230.

³⁶ Iackel. Указ. соч. С. 158

³⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 19.

³⁸ Hellmann в критической статье на сочинение Отто: Krit. Viertel. B.XXIV. S. 573.

там, где действие получает характер деликта лишь благодаря привхождению внешних, от совершителя не зависящих обстоятельств (например, безуспешности взыскания), нет места деликту.

Изложенные возражения против деликтной теории убеждают в полной несостоятельности ее и делают совершенно понятным появление других теорий, стремившихся устранить ее недостатки; но ни одна из последних по числу приверженцев пока не может с ней соперничать.

II. Вторую группу учений можно назвать **теорией исключительной охраны интересов кредиторов**. Представителями ее являются Козак³⁹ и Энциус⁴⁰. Основная идея этой теории та, что в силу закона в интересах кредиторов создается при известных фактических условиях особое обязательственное отношение между кредитором и лицом, приобретшим имущество по акту, совершенному должником, — отношение, по силе коего кредитор может требовать имущество, этим лицом приобретенное.

В дальнейшем приверженцы этой теории расходятся. Козак возводит упомянутое обязательство в общее, лежащее на всех приобретателях имущества, — они должны нести риск, связанный с приобретением: если у должника не окажется объектов взыскания, они должны возратить приобретенное. Козак так формулирует это общее обязатель-

³⁹ Cosack. Указ. соч. С. 24–26.

⁴⁰ Förster. Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr. edit. Eccius. B.I. S. 608.

ство: всякое лицо, получающее что-либо из чужого имущества, обязано подчиниться невыгодам, связанным не только с вещными тягостями, лежащими на имуществе, но и с общим назначением этого имущества служить предметом удовлетворения личных кредиторов его владельца; но в интересах гражданского оборота это обязательство ограничивается теми случаями, в которых по способу предоставления имущества, по особым отношениям лиц, предоставляющего и приобретающего имущество, по известности со стороны приобретателя критического положения владельца и т.п., это обязательство не ложится слишком большой тяжестью на должника⁴¹. С этой точки зрения, по мнению Козака, удовлетворительно объясняются случаи опровержения и возмездных отчуждений *cum conscientia fraudis* третьего и безвозмездных — *bona fide*.

Экциус несколько иначе конструирует это обязательство *ex lege /в силу закона/*: «Кредитор может требовать возврата приобретенного третьим лицом имущества, так как оно рассматривается как неотчужденное; имущество должника, оказавшееся недостаточным для удовлетворения его кредиторов, — говорит он, — во имя справедливости расширяется в том смысле, что отдельные части его как объекты взыскания возвращаются в состав тех предметов, из коих кредитор может получить удовлетворение». К представителям этой теории относится и Краснопольский⁴²; его формулировка

⁴¹ Cosack. Указ. соч. С. 26.

⁴² Krasnopolski. Указ. соч. С. 64–66.

исчерпывается парой слов: «За кредитором, — говорит он, — при известных обстоятельствах признается право считать юридические последствия известных действий, в его интересе и в пределах этого интереса, ненаступившими». Характеристика совершенно бессодержательная, впрочем, оправдываемая вышеизложенным взглядом автора на принципы опровержения актов должника.

Изложенные теории отличаются многими крупными недостатками, уже отмеченными в литературе. Так, *во-первых*, мысль о создании *ad hoc* нового обязательства *ex lege* сама по себе несимпатична; как деление обязательств по их источникам, так и самая категория обязательств *ex lege* не выдерживает критики. Эти обязательства суть последствия известного состава фактов, наступающие по указанию закона; и по отношению к ним закон занимает посредствующее положение, как и относительно обязательств договорных и деликтных⁴³. Создание нового обязательства *ex lege* — это выход из затруднительного положения, и выход вовсе не остроумный: поле для создания подобных новых и новых обязательств беспредельно, и сколько бы их ни создавать, они не в состоянии дать удовлетворительной квалификации данного явления. При создании нового обязательства *ex lege* приводится в подтверждение его известные соображения, и эти-то соображения касаются норм, определяющих дан-

⁴³ Menzel. Указ. соч. С. 23. Менцель тоже создает обязательство *ex lege*, возлагая на всякого приобретателя имущества ответственность за чужие долги, конечно, при известных условиях.

ное явление всегда *de lege lata*, а не *de lege ferendae* /с точки зрения существующего, а не желаемого закона/, то есть в них развивается *ratio legis*, а не *ratio juris*⁴⁴. Иначе и быть не может: соображениями этими определяется необходимость для законодателя в данном случае проявить свою творческую деятельность, а для юридического анализа важен факт, с которым связывается определенное юридическое последствие и взаимное соотношение подобных фактов⁴⁵. Так и в данном случае.

Козак и Энциус — первый, принимая во внимание «интересы гражданского оборота», второй во имя «справедливости», создают новое обязательство. Один из последователей их теории, Фельдерндорф⁴⁶, прямо выражается так: «Право опровержения находит свое основание в общем интересе оборота и кредита»⁴⁷. Юридическая конструкция требует не этого; для нее главнейшее значение имеет юридическое основание, *ratio juris* явления, чего названные ученые не дают. Только в формуле

⁴⁴ Иными словами, если пойти по пути конструирования основания возникновения обязательства «из закона», мы будем говорить только о действующем законодательстве, а не о желательной законодательной модели, и не сможем сформулировать причину возникновения соответствующей нормы иначе, как объяснив издание соответствующего закона. (*Прим. редактора*)

⁴⁵ См. Гольмстен А.Х. О юридическом значении труда в обычном праве // Русское обозрение. — 1878. — № 5.

⁴⁶ Völderndorff. Das Reichsgesetz betr. d. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. des Konkurses. С. 26.

⁴⁷ Гартман (Указ. соч. С. 23) замечает, что основное положение этой теории коренится в требованиях законодательной политики.

Экциуса находим намек на него, о чем речь впереди. *Во-вторых*, оба названных ученых дают юридическую характеристику явлению не по главному, а по второстепенному признаку; оба они, имея дело с правом опровержения акта, характеризуют это право как право требовать возврата имущества. Но возврат имущества — это практический результат уничтожения акта; это, как мы покажем ниже, — то, что достигается уже после уничтожения, обыкновенно одновременно, но может быть и разновременно, а может быть и вовсе не достигнуто. Экциус это называет целью уничтожения акта⁴⁸, — это верно в смысле дальнейшей цели — права лица на уничтожение акта, ближайшая же цель — обессиление акта. Козак явно противоречит данной им квалификации права кредитора, говоря совершенно верно, что прекращение силы акта, парализация его последствий в данном направлении — ближайшая цель опровержения; все же дальнейшее имеет второстепенное значение, к чему он прямо относит возврат имущества. Как же это так? Данное право характеризуется как право на возврат, а сам возврат имеет второстепенное значение?

В-третьих, рассматриваемая теория совершенно игнорирует субъективный элемент. Как реакция против деликтной теории, видящей в нем все и вся, она последовательна, но исследуемый институт именно таков, что внутреннее состояние лица, действующего *in fraudem creditorum*, не должно быть упускаемо из виду. Из квалификации, даваемой этой теорией, нельзя делать никаких заклю-

⁴⁸ Förster. Указ. соч. С. 614.

чений относительно различия ответственности, смотря по направлению воли лица действующего. Все отдельные и притом диаметрально противоположные случаи ответственности находят не отдельный, а один общий критерий, с точки зрения Козака, — риск возвращения вещи, с точки зрения Экциуса, — приобретение чужой вещи. Эти критерии оставляют нас в совершенно беспомощном положении перед несомненным различием между лицами, из коих одно приобрело имущество *cum conscientia fraudis*, а другое было *nescius /незнающее, неосведомленное/*. Оба названных ученых признали это различие, но, конечно, не указали и не могли указать, в какой связи оно с основным положением их учения.

Козак говорит даже о степенях виновности (*Grade der Schuld*), имеющих в этом случае значение, и тем самым как бы платит дань основательности деликтной теории. В этом, *в-четвертых*, заключается совершенно правильное возражение, которое делает Козаку Радлькофер, говоря, что автор лишь расширяет фактический состав деликта, как основания права кредитора опровергать акты, совершенные должником. Рассуждает Радлькофер так: субъективный момент, который дает основание переносить риск уничтожения убыточного акта на приобретателя имущества, может быть рассматриваем как нарушение обязательства принимать в соображение другие обязательственные отношения должника. Этот субъективный момент проявляется до некоторой степени как *dolus eventualis /косвенный умысел/*, то есть как сознание того, что третье лицо содействует нарушению права креди-

тора на имущество должника⁴⁹. Это весьма меткое замечание, попавшее в самый центр теории Козака. Оно же *mutatis mutandis /с учетом соответствующих различий/* применимо и к теории Энциуса: раз понятие «имущества» должника распространяется на вещи уже отчужденные и притом ко времени, предшествовавшему отчуждению, самое отчуждение является правонарушением по отношению к кредитору, и третье лицо является участником этого правонарушения. В-пятых, против теории Козака Краснопольский делает то же возражение, как и против деликтной⁵⁰, а именно: ей не объясняется случай, когда опровергаемый акт совершен лицом ранее того времени, чем оно стало должником опровергающего акт кредитора⁵¹. Но этому возражению нельзя придавать принципиальное значение. Оно скорее направлено против формулировки Козаком своего основного положения, и последнее может быть легко исправлено согласно указанию Краснопольского, а именно, следовало сказать, что приобретатель имущества обязан подчиниться невыгодам, связанным с назначением имущества служить предметом удовлетворения «настоящих и будущих» кредиторов владельца. При такой формулировке вышеупомянутый случай подойдет под данную формулу, но сама формула от этого ничего не выиграет, а, наоборот, потеряет. Она приобретет слишком общий

⁴⁹ Radlkofer в рецензии на сочинение Козака в *Krit. Veiertel.* B. XXVII. H.I. S. 105–106.

⁵⁰ См. выше — четвертый аргумент против деликтной теории. (*Прим. редактора*)

⁵¹ *Krasnopolski.* Указ. соч. С. 66.

характер; это даст повод всяким недоразумениям, которые, в свою очередь, могут быть устранены внесением в нее новых ограничений. И действительно, и без того уже Козак заслуживает упрека в том, что он создал новое ограничительное условие бесповоротности приобретения имущества вообще — отсутствие кредиторов у приобретателя, и если говорить еще о будущих кредиторах, то создастся такое ограничение, которое даст повод думать, что самой бесповоротности приобретения вовсе не существует. Чтобы устранить это недоразумение, должно внести в основное положение указание на то, при каких условиях и с какими последствиями наступит поворот приобретения и получится уже не основной принцип, а описание всего института.

III. Третью группу образует теория, которую можно назвать **теорией исполнительной силы судебного решения**. Теория эта выросла на практической почве, — создана она практикой прусского обер-трибунала и преимущественно поддерживается германским рейсхгерихтом */имперским верховным судом/*. По существу, она процессуального характера, ибо поставлена в теснейшую связь с исполнением решения путем взыскания. С ее точки зрения, право кредитора опровергать акт должника есть лишь расширение права требовать взыскания. Иск об уничтожении акта и есть лишь средство приведения судебного решения в исполнение, а сам процесс об уничтожении акта — одна из стадий исполнительного процесса. Это право кредитора, ввиду его процессуального характера, не может быть построено на каком-либо определенном

материально-правовом основании. Цель его — подготовить, сделать осуществимым взыскание. Осуществлением его определенная вещь возвращается в число объектов взыскания. Связанное с правом опровержения акта объявление последнего недействительным — только рациональное основание обязанности возврата имущества ее владельцем и к исполнению этой обязанности он вынуждается посредством особого *actio in rem /вещного иска/*.

Так как отчужденная вещь возвращается в имущество должника ради взыскания, то без фактического владения ей со стороны третьего лица требование кредитора о возврате ее лишено предмета. Праву кредитора по самой его природе присущ вещный характер.

Этим отрывочным указаниям практики Гартман придает более стройную форму. В исследуемом праве кредитора он видит две стороны: положительную и отрицательную; последняя заключается в признании акта недействительным, первая — в возврате имущества от приобретателя его с целью исполнения решения путем взыскания. Иск, коим охраняется это право, является как бы *actio iudicati /иск об исполнении судебного решения/*, которым достигается в ограниченном объеме против приобретателя объектов взыскания осуществление признанного судом права кредитора. Внутреннее основание этой аномальной ответственности третьего лица Гартман находит в потребностях оборота и кредита. Против того, к кому перешли объекты взыскания, строится предположение, что при известных условиях должник как бы продолжает владеть этими объектами, в силу чего по отношению

к ним и применяется взыскание. Тот, кто, приобретя объекты взыскания, лишил кредитора возможности получить удовлетворение, сам почитается должником, конечно, насколько он лишил кредитора удовлетворения и насколько приобрел должниково имущество⁵².

Против этой теории, как в первоначальном ее виде, так и в формулировке Гартмана, было высказано немало основательных и неосновательных возражений. Так, *во-первых*, указывается на то, что эта теория не дает юридического основания исследуемому институту⁵³. Это совершенно верно, но не надо забывать, что сами представители этой теории в этом сознаются. Затем, *во-вторых*, не лишено значения указание Иекеля⁵⁴ и Менцеля⁵⁵, что теория эта предполагает, что вещь еще находится во владении третьего лица, тогда как для опровержения акта этого вовсе не требуется. Действительно, владение вещью со стороны третьего лица не есть условие опровержения, и названные представители рассматриваемой теории совершенно безосновательно придают этому значение. Даже если, с точки зрения их собственной теории, этого не требуется, — если вещь не находится уже во владении третьего лица, то это не дает основания отказываться от требования ее возвращения в число объектов взыскания; если окажется, что ее налицо нет, то лишь вступает в силу правило *pretium succedit in locum rei* /»покупная

⁵² Hartmann. Указ. соч. С. 24–25.

⁵³ Cosack. Указ. соч. С. 30, Otto. Указ. соч. С. 230 и др.

⁵⁴ Iaeckel. Указ. соч. С. 157.

⁵⁵ Menzel. Указ. соч. С. 15–16.

цена заменяет вещь», то есть можно требовать денежные средства вместо вещи в натуре!

Далее, *в-третьих*, говорят, что теория эта не объясняет, почему к ответственности привлекается не сам должник, а приобретатель имущества. Возврат имущества — цель опровержения акта, но указанием на это не исчерпывается его значение⁵⁶. Сказать, что изложенная теория этого не объясняет, нельзя, — она, быть может, неудовлетворительно это объясняет, это верно: довольствоваться указанием на фактическое владение или на замену должника третьим лицом слишком мало. *В-четвертых*, взгляд на это право как на случай расширения права взыскания порождает несомненную ошибку, а именно: он заставляет признать полную тождественность права на опровержение акта с правом на удовлетворение, имеющим уже исполнительную силу; между тем эти права различны: первое совершенно не зависит от второго⁵⁷. Это возражение едва ли основательно: расширение данного права до того, что в его состав входит другое право, не указывает на отождествление этих двух прав. Этим указывается лишь на единство их основания, что не мешает каждому из них сохранить свою индивидуальность. *В-пятых*, с точки зрения этой теории, невозможно уничтожение акта о переходе к третьему лицу заменимых вещей вообще, денег в частности, ибо взыскание касается определенных вещей, а не абстрактных ценностей, и, благодаря расширению права взыскания, оно может касаться лишь точно определенных ве-

⁵⁶ Otto. Указ. соч. С. 229.

⁵⁷ Otto. Указ. соч. С. 231.

щей, перешедших от должника и еще находящихся в обладании третьего лица, что относительно денежных сумм очень редко бывает⁵⁸. Это возражение очень слабо; основная предпосылка его неверна: предметом взыскания могут быть и не индивидуально определенные вещи, а денежные суммы, мало того, даже права требования на денежные суммы. Взысканы они, конечно, могут быть, хотя бы и смешались с деньгами третьего лица. С расширением понятия взыскания нет достаточного повода не распространять его на денежные суммы, перешедшие по оспариваемому акту. В-шестых, указывают на то, что объекты взыскания должны принадлежать к составу имущества должника, а в данном случае они уже вышли из него и перешли в состав имущества третьего лица, а, следовательно, и объектами взыскания почитаемы быть не могут⁵⁹. И это возражение не из сильных. Если идти последовательно по этому пути, то придется всякий переход имущества, хотя бы безусловно противозаконный, считать бесповоротным только потому, что он состоялся. В этом случае вещь фактически перешла в состав имущества другого лица, но так как она перешла туда неправоммерно, то возвращается в прежнее положение. Если она ранее была годным объектом взыскания, то остается таковым. В-седьмых, теория эта, как говорят, не дает никаких точек опоры для разграничения *bona* и *mala fides* приобретателя имущества⁶⁰. Это замечание едва ли достаточно веско:

⁵⁸ Cosack. Указ. соч. С. 30–31.

⁵⁹ Otto. Указ. соч. С. 16.

⁶⁰ Otto. Указ. соч. С. 16.

ведь если теория эта признает иск об уничтожении акта за *actio in rem* и, следовательно, пассивным основанием иска считает нарушение вещного права, то этим уже дает достаточную почву для различения *bona fides* от *mala fides*. Само собой разумеется, что нарушено право может быть или *bona*, или *mala fide*. Наконец, в-восьмых, самое решительное и основательное возражение, какое делается этой теорией, — то, что она придает праву кредитора опровергать акты вещный характер и иску, охраняющему это право, — характер вещного иска⁶¹. Иначе говоря, теория эта исходит из того положения, что кредитору принадлежит вещное право на имущество должника. Положение это безусловно неверно, хотя и принято французским кодексом⁶² и поддерживается французскими цивилистами⁶³. Так, на вопрос:

⁶¹ Iaeckel. Указ. соч. С. 157.

⁶² ФГК, ст. 2093 (ст. 2285 в редакции, введенной Ордонансом № 2006–346 от 23 марта 2006 года): «Имущество должника находится в общем залоге у его кредиторов, а его цена распределяется между ними пропорционально их требованиям, если только кто-либо из кредиторов не имеет законных оснований для привилегий».

⁶³ Laurent. *Principes de droit civil*. Т. XVI. № 434. К этой теории примыкает и Карницкий. О праве кредиторов опровергать сделки, заключенные должником с третьими лицами, в Журнале гражданского и уголовного права. 1882. № 6. Приложение, С. 8–9. Отчасти Сармас. Указ. соч. Р. 44, 81. Nuquet. *De l'action Paulienne en droit Romain et en droit Français*. Р. 98. Относительно римского права долго спорили о характере *actio Pauliana*; спор окончился в пользу личного иска: см. Reinhart. *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. Actio Pauliana*. S. 1–22. Старую литературу см. у Mankiewitz. *Beiträge zur Lehre von der Actio Pauliana*. S. 15–23.

на что рассчитывают кредиторы, Лоран отвечает: «Что имущество должника является их залогом, что этот залог достаточен для обеспечения оплаты их долга, но заключенная должником сделка обманным путем уменьшает это имущество, которое является частью их залога».

Несостоятельность этих соображений видна из следующего.

Во-первых, создается новая форма залога, лишенная определенного внутреннего содержания и юридического значения. Если это право действительно есть право залога, то лицо, приобретая его с того момента, как оно стало кредитором, должно же пользоваться известными гарантиями, обеспечивающими его обязательственное право, например, у должника имеется недвижимое имущество, если бы кредитор имел на него залоговое право, то он мог бы еще до просрочки противиться отчуждению этого имущества, — ведь недаром при залоге движимого имущества вещь переходит во владение залогодержателя (*залогодержателя*). Если бы кредитор имел действительно залоговое право на имущество должника, то последний должен бы быть ограничен в праве распоряжаться своим имуществом, и каждый должник оказался бы лицом, ограниченным в своем праве собственности. Тут только и возможна дилемма. Одно из двух: или кредитор имеет право залога, или не имеет; если имеет, то должник ограничен в праве распоряжения, если не имеет, то не ограничен. Среднего ничего быть не может. Теория эта говорит, что он имеет право залога, законодательства же не ограничивают права распоряжения должника как тако-

вого; неизбежные последствия принятых теорией положений противоречат жизни и должны быть отвергнуты. Очевидно, исследуемому явлению теория придала неверную квалификацию.

Во-вторых, созданное теорией залоговое право идет вразрез с установившимся разграничением вещных и обязательственных прав⁶⁴. Это своего рода овеществленное обязательственное право. Нельзя, конечно, отрицать существование таких несовершенных форм вещных прав, которые воспринимают в себе некоторые черты обязательственных прав, и наоборот. Самое деление несокруσιμο в принципе и является безусловно верной характеристикой жизненных явлений, но в применении оно претерпевает некоторые отклонения⁶⁵. Если приверженцы этой, назовем ее так, залоговой теории, создали новую форму, то должны были указать ее характеристические черты, отвести ей определенное место в системе прав; указать, что в этом праве вещного, что обязательственного. Ни того, ни другого они не сделали.

В-третьих, созданное вещное право не удовлетворяет основному требованию, которое к нему как к вещному праву может быть предъявлено, а именно: оно не имеет определенного юридического основания⁶⁶. Возникая одновременно с обязательством, оно должно в его основании находить и свое. Договор оказывается непосредственным

⁶⁴ Kaserer. Указ. соч. С. 44.

⁶⁵ Виндшейд. Учебник пандектного права / Пер. С.В. Пахмана. — Санкт-Петербург, 1874. — Том 1. — С. 92–93.

⁶⁶ Kaserer. Указ. соч. С. 44.

источником не только обязательства, но и вещного права, чем он по существу своему быть не может.

В-четвертых, залоговая теория оставляет совершенно невыясненным вопрос: почему к ответственности привлекается не должник-залогодатель, а третье лицо: ведь должник нарушил право залога. Придется или признавать третье лицо соучастником нарушения, то есть встать под знамя деликтной теории и под выстрелы ее противников, или допустить возможность самостоятельного нарушения третьим лицом права залога и предоставлять кредитору *actio hypothecaria*⁶⁷. Тогда незачем заставлять кредитора опровергать акт: *actio hypothecaria*, как *pignoris rei vindicatio* /виндикация залога/, направляется прямо на вещь, оставив совершенно в стороне акт, по которому вещь перешла к наличному владельцу.

Наконец, *в-пятых*, залоговая теория порождает ряд вопросов, которые законодательством никогда не разрешались и не могли разрешаться в том смысле, как того требует последовательное применение этой теории. Например, вопрос о столкновении права кредитора с правами других залогодержателей должника и с правами других личных кредиторов его; если кредитор, имеющий право опровержения акта, имеет и законное право

⁶⁷ Вид иска в римском праве, по которому истцом является кредитор по залогу, не владеющий предметом залога, ответчиком — лицо, владеющее заложенной вещью; целью иска является признание права залога и передача вещи во владение кредитора. См. подробнее, например: Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. — М., 2003. — § 173. (Прим. редактора).

залога, то этому последнему праву не может быть отведено место, низшее по сравнению с другими договорными залоговыми правами. Точно так же кредитор этот не может быть поставлен в одинаковое положение с другими личными кредиторами должника. А между тем, если исходить из того, что кредитор, опровергающий акт, не имеет залогового права, — как это признано всеми законодательствами, то и залогодержатели должника могут осуществить свои права ранее кредитора, опровергающего акт, а личные его кредиторы вступят с кредитором, опровергающим акт, в конкуренцию на общем основании, что вполне справедливо.

Ввиду изложенных соображений теория исполнительной силы решения в том виде, в котором она понимается и формулируется современной доктриной, несмотря на неосновательность многих возражений ее противников, все-таки не может быть признана удовлетворительной. Мы подчеркнули слова «в том виде, в котором она понимается и формулируется современной доктриной», так как в существе и мы приходим к этой теории, но понимаем и формулируем ее несколько иначе.

Исходную точку этой теории мы считаем безусловно верной: право кредитора опровергать акты, совершенные должником, есть вспомогательное средство взыскания. Осуществление этого права — стадия процесса исполнения судебного решения и притом, конечно, решения, состоявшегося по денежному требованию истца. Если решение состоит в признании права на индивидуально определенную вещь или на действие, то тут исполнение может состоять лишь в передаче вещи натурой, или

в понуждении к действию, или же в совершении его на счет ответчика. В этих формах исполнение никакого отношения к праву требовать уничтожения акта не имеет. Акт уничтожается для того, чтобы осталось имущество, которое или могло быть продано, а вырученные деньги вручены взыскателю, или, если это деньги, чтобы их вручить взыскателю, или, если это право на денежную сумму, чтобы передать это право взыскателю или другому лицу, обязанному уплатить ему эту сумму.

Исполнение решения в этой форме состоит из целого ряда актов, между собой связанных: начальный акт — наложение ареста или запрещения на имущество, конечный — вручение денежной суммы. Арест или запрещение налагаются иногда и до постановления решения или до вступления решения в законную силу, но это предварительное ограничение и устанавливается в предположении того, что наступит конечный момент — вручение денежной суммы. В тех случаях, когда объект взыскания состоит не в денежных суммах, а в иных вещах, между начальным и конечным моментами исполнения решения лежит еще один: публичная продажа имущества с целью обращения его в денежную сумму, которая вручается взыскателю. Весь этот ряд исполнительных действий дает основание признать существование в этих случаях особой формы залога — залога судебного. Залог есть право на стоимость, цену имущества; обладателю этого права предоставляется возможность обратиться к органам власти с требованием о принятии как известных охранительных мер, так и мер, направленных на реализацию права на получение должной суммы.

В одних законодательствах этому залоговому праву придана весьма рельефная форма, — она так и называется; в других она скрывается под различными формами и обрядами, — существо же его везде признается⁶⁸. Основанием этого залогового права является, конечно, закон, обставляющий установление и осуществление его известными условиями: устанавливается оно решением суда по иску кредитора и осуществляется особыми исполнительными органами по просьбе взыскателя. Суд в своем решении по иску, признавая право истца, вместе с тем предписывает взыскать присужденную сумму с ответчика, то есть установить, буде истец пожелает, право судебного залога в его пользу. Осуществление же этого права происходит вне непосредственного участия суда, и самое требование исполнения решения, по духу современного права, не есть право исковое, не иск, *actio iudicati* — это требование, по цели, назначению и внутреннему характеру, как не вызывающее необходимости облечения в форму иска, есть ни что иное как *imploratio officii iudicis / просьба об исполнении судебного акта*, в существе своем знакомая римскому праву.

Суд в решении дает общую форму — взыскать. Исполнительный орган следует этому велению уже по указанию взыскателя, который озабочи-

⁶⁸ Это актуально и в настоящее время. Так, в современной России судебный залог (*pignus iudiciale*) был узаконен в рамках недавней реформы гражданского законодательства (ФЗ от 21.12.2013 № 367-ФЗ, вступивший в силу 01 июля 2014 г.). Подробнее об этом см., напр.: Судебный залог в банкротстве: проблемы теории и практики. Карелина С.А., Смирных А.Г. // Законодательство. — 2016. — № 2. (Прим. редактора)

вается разысканием имущества, могущего быть объектом взыскания. Если имущество находится у третьего лица, то это не мешает осуществлению права судебного залога, — имущество подлежит аресту и у него отбирается. Если с него причитаются денежные платежи, то и на них налагается арест в том смысле, что третье лицо обязуется производить платеж не должнику, а исполнительному органу. Если имущество отбирается от третьего лица, то оно продается на общем основании, а деньги передаются взыскателю; если же деньги получены исполнительным органом, то он их вручает взыскателю. Когда судебное право залога установлено, должник не имеет права отчуждать или отказываться от права на имущество, по поводу которого право залога установлено. Акт, совершенный именно с этой целью, то есть ради отчуждения имущества или отказа от прав на него, конечно, недействителен. Он игнорируется, и, несмотря на его существование, наступают все последствия судебного залога, — имущество продается или прямо передается взыскателю денежная сумма. Нормально, если этот акт совершен до установления залога; он, безусловно, действителен, но в некоторых случаях подлежит уничтожению, — эти-то случаи нас и занимают. Какие тут основания права взыскателя опровергать акт? Основанием является нарушение должником права судебного залога, принадлежащего взыскателю.

Мы придаем обратную силу судебному праву залога от момента его установления к моменту совершения опровергаемого акта. Право судебного залога предполагается уже существовавшим в мо-

мент совершения акта, и самый акт — совершенный в нарушение его. Это, несомненно, фикция, но фикция, *во-первых*, находящая свое оправдание в самом факте существования права взыскателя уничтожить акт. Должник, на самом деле, не терпящий стеснений судебного права залога, ставится как бы в кару за злонамеренное действие, им совершенное, в положение лица, над которым уже тяготеет судебный залог. Эта мысль, с большой вероятностью, имела в виду у законодателя, признавшего за кредитором право требовать уничтожения вредного для него акта. *Во-вторых*, фикция эта облегчает юридический анализ данного права, давая возможность применить к фиктируемому /от слова «фикция»/ явлению то, что установлено для явления, коему оно уподобляется. К данному случаю применяются правила действительного судебного залога, хотя бы на деле залог этот не был установлен. *В-третьих*, для уяснения права кредитора опровергать акт, совершенный должником, не раз прибегали к фикции в смысле придания известному положению обратной силы. Мы видели, что Шенеман придал обратную силу предъявлению иска, Гартман — владению должника. Так что этот прием оказывается уже испытанным, но с особенной пользой и убедительностью он применен к случаю опровержения актов, совершенных неосновательным должником, Баром и Колером. Воззрения этих ученых весьма близки к теории, нами принятой. Бар видит в конкурсе форму исполнительного процесса относительно всего имущества должника (General execution) и распространяет влияние конкурса на время, предшествующее его открытию,

а также на время совершения акта должником⁶⁹. Колер создает для конкурса особое право на имущество должника, назвав его *Beschlagrecht* (право, весьма близкое к залому), и распространяет его тоже на время, предшествующее его действительному установлению⁷⁰.

Фингируя /создавая фикцию/ право судебного залога, мы, однако, не признаем существования права залога в лице кредитора, то есть далеки от принятия взгляда Лорана. Положим, можно возразить, что, придавая судебному залому обратную силу к тому времени, когда взыскатель был лишь кредитором, мы признаем за кредитором права залога. Это, однако, совсем не так; нас нельзя уличить в противоречии потому, что положение «взыскатель имеет право судебного залога на имущество должника, перенесенное при известных условиях на прошлое время» отнюдь не тождественно с положением Лорана, что «кредитор имеет право залога на имущество должника». Право судебного залога может иметь не всякий кредитор, а лишь тот, который стал взыскателем; так что, строго говоря, возражение, будто кредитор, по нашему мнению, в сущности, имеет право залога, не особенно богато смыслом, — судебное право залога отнюдь не такое право, которое может принадлежать всякому кредитору. Те возражения, которые делаются залоговой теории, не могут быть делаемы нашей

⁶⁹ Bar. Das international Privat- und Strafrecht. Hannover. 1862. S. 494.

⁷⁰ Kohler. Lehrbuch der Konkursrechts. 1891. S. 102–104, 192–194.

теории обратной силы судебного залога; а именно: *во-первых*, она имеет в виду залоговое право вполне определенного содержания и юридического значения. Она именно предполагает ограничение права распоряжения в лице должника, но не как состояние, длящееся во все время нахождения лица в качестве должника, а имеющее силу с момента совершения акта. *Во-вторых*, не создается новое право срединного, между вещными и обязательственными правами, типа, а право это — вещное право, право залога, имеющее свои особенности как судебное право залога. *В-третьих*, оно имеет свое определенное основание — судебное решение, сила коего направлена ретроактивно. *В-четвертых*, наша теория не оставляет без ответа вопрос о том, почему ответственным является третье лицо, а не должник; как увидим ниже, нет надобности прибегать ни к «соучастию», ни к общим последствиям вещного права. *В-пятых*, вопросы, решение коих столь неудовлетворительно с точки зрения залоговой теории, с нашей точки зрения, разрешаются надлежащим образом, а именно, по правилам о действительном судебном залоге. Залоговые права, ранее действительного судебного залога установленные, сохраняют свое старшинство, ибо при конкуренции договорных залоговых прав с судебным залогом последний уступает; точно так же при конкуренции с другими личными кредиторами. Кредитор, опровергающий акт, хотя и имеет право залога, но судебное, невзирая на существование коего, он остается личным кредитором и конкурирует с другими на общем основании как личный кредитор, имеющий судебное право залога.

Право судебного залога, распространенное на время, предшествующее его действительному установлению, нарушено должником, совершившим акт *in fraudem creditorum*. Акт должен быть уничтожен, так как именно им нарушено судебнo-залоговое право. Кредитору дается иск. По общему правилу, это должен бы был быть иск вещный, но судебный залог имеет свои особенности, заставляющие не столь шаблонно разрешать этот вопрос. В судебном залоге мы видим применение *imploratio officii juris* — этой *imploratio* и охраняется судебнo-залоговое право. Если речь идет о действительном праве судебного залога, то в случае его нарушения со стороны должника, например, отчуждения, нет места иску. Путем неформальным, посредством имплорации */неисковое требование исполнить решение суда/*, исполнительный орган отнимает вещь у третьего лица. Положим, хранитель имущества к сроку публичной продажи умер, а имущество оказалось у третьего лица; взыскатель обращается не с иском в суд, а с просьбой к исполнительному органу о том, чтобы арестованная вещь была отнята у третьего лица и продана. Что же касается фингированного права судебного залога, то тут картина изменяется лишь в частности. Если оно нарушено, то, как и при действительном праве судебного залога, не дается особого иска о его возвращении в число объектов взыскания, а предоставляется подать просьбу, *imploratio officii iudicis*. Но эта имплорация невозможна ранее уничтожения акта, в силу которого вещь перешла к третьему лицу. Чтобы добиться этого уничтожения, необходимо обратиться к суду с осо-

бым иском; это необходимо сделать потому, что, во-первых, исполнительный орган не компетентен в решении вопроса о силе акта, и, во-вторых, самый вопрос о возможности предания обратной силы судебному залогоу и возвращения вещи в число объектов взыскания поставлен в зависимости от характера акта, подлежащего уничтожению. Если он удовлетворяет известным условиям и есть акт *in fraudem creditorum*, то фингируется судебное право залога. Он рассматривается как совершенный в нарушение этого права, и затем уже исполнительный орган может удовлетворить эту *imploratio*, — вещь возвращается в число объектов взыскания. Таким образом, спор о том, есть ли иск об уничтожении акта вещный или личный, оказывается праздным. Самый иск об уничтожении акта уже по буквальному смыслу не может быть *actio in rem*. Он не именовому смыслу не может быть *actio in rem*. Он не имеет непосредственного отношения к вещи, а касается акта, совершенного по поводу вещи. Что же касается дальнейших последствий уничтожения, то самое большое, что можно сказать, — это то, что они достигаются чем-то подобным, *actio in rem*; вещь возвращается в число объектов взыскания путем удовлетворения неформальной просьбы, *imploratio officii iudicis*. Уже в этом глубокое ее различие от *actio in rem* — ей взыскатель не добивается включения вещи непременно в состав своего имущества, — он озабочен лишь возвращением ее в число объектов взыскания. Так что в распоряжении кредитора два средства: иск об уничтожении акта и просьба в смысле имплорации. Эти средства связаны вовсе не нераз-

рывно: истец может предъявлять иск и не предъявлять просьбы, хотя обыкновенно, по соображению удобства, они соединяются. Что касается имплокации, то пока на ее характеристике нечего останавливаться, — тут нет никаких принципиальных уклонений от общих правил деятельности сторон и исполнительного органа при осуществлении действительного судебного залога. Иск же об уничтожении акта имеет свой особый характер. Это иск о признании акта недействительным; недействительность, однако, в этом случае является, как ее называют, относительной⁷¹ в том смысле, что акт бессилён по отношению к кредитору, но сохраняет свою силу во всем остальном⁷². Никто, кроме кредитора, не вправе признавать акт недействительным. Для всех остальных лиц, имеющих отношение к акту, не исключая, конечно, и контрагентов, акт сохраняет свою силу. Вследствие такой относительной недействительности акта иск об уничтожении его все-таки остается иском о недействительности, отрицать таковой его характер, как это

⁷¹ Kaserer. Указ. соч. С. 46, Steinbach. Kommentar zum Gesetze v.16 März 1884. S. 15.

⁷² Относительно недействительные сделки — термин, который в литературе гражданского права иногда применяется к оспоримым сделкам. Существует и критика такого употребления термина (пока оспоримая сделка не была оспорена, она ничем не отличается от любой действительной сделки с точки зрения ее последствий, поэтом не очень логично называть ее относительно недействительной). Из дальнейшего изложения видно, что понимание А.Х. Гольмстеном относительной недействительности имеет определенные особенности. (Прим. редактора)

делает Накэ⁷³, потому что им не колеблются все основы акта, что акт не безусловно обессиливается, — нельзя. Поражается лишь известный эффект акта в известном направлении и в известных пределах. Не всякий же иск о недействительности должен непременно поразить акт в самом его корне, лишить его всякого значения. По отношению к иску кредитора об уничтожении акта это было бы совершенно неосновательно: кредитор добивается уничтожения акта, имея в виду лишь свой собственный интерес.⁷⁴ Против такой относительной недействительности восстает Менцель⁷⁵; строго говоря, возражения его не направлены против несомненности факта, что акт сохраняет свою силу против всех лиц, непричастных самому оспариванию. Он возражает лишь против понятия «недействительность по отношению к кредитору»; он не понимает, как можно говорить о недействительности самой по себе и недействительности по отношению к тому или другому лицу. И в том, и в другом случае «действие» (Wirkung) акта поражается, оно не в состоянии вызвать юридических последствий. Эти недоумения совершенно неосновательны. Когда мы говорим о недействительности самой по себе, то предполагаем известный порок акта, благодаря которому он падает как основание как причина известных последствий. При относительной же недействительности акт безупречен сам по себе, и парализуется лишь то или другое последствие его

⁷³ Naquet. Указ. соч. С. 174.

⁷⁴ Kaserer. Указ. соч. С. 46.

⁷⁵ Menzel. Указ. соч. С. 11.

в том или ином направлении, — назвать это можно обессилением акта, обесправлением его или иначе как — это все равно. Да и против выражения «относительной недействительности» ничего нельзя иметь, если придать ей точный и определенный смысл⁷⁶.

Еще один существенный пункт не затронут нашей теорией. Из предшествующего изложения видно, что противником кредитора, опровергающего акт, мы считаем должника, — он рассматривается как нарушитель права судебного залога, против него и должен быть направлен иск кредитора об уничтожении акта, а между тем и законодательства, и доктрина признают противником кредитора то третье лицо, с которым или в пользу которого акт должником совершен. С точки зрения нашей теории, различающей иск об уничтожении акта от *imploratio officii iudicis*, это очень просто. Просьба в смысле *imploratio*, подобно *actio hypothecaria*, аналогично *rei vindicatio* /виндикация вещи/, не может быть предъявляема против кого-либо иного, кроме лица,

⁷⁶ В этой заочной дискуссии более обоснованной, на наш взгляд, представляется позиция Менцеля. Ситуация, когда одно и то же юридически значимое действие имеет силу для одних субъектов и не имеет для других — не такая уж редкость. Например, по действующему российскому законодательству подобный эффект имеют требующие государственной регистрации сделки. Правовые последствия сделки возникают лишь после регистрации (ст. 164 ГК РФ), но сторона сделки вправе требовать осуществления такой регистрации (ст. 165 ГК РФ). Однако вряд ли обоснованно считать, что сделка может быть недействительной только для одной ее стороны (кредитора), как это полагал А.Х. Гольмстен. (Прим. редактора)

в состав имущества коего, хотя и слившись с ним, перешло или осталось не востребуемым имущество должника. Это нахождение имущества должника в составе имущества другого лица и служит указанием: против кого предъявляется просьба. Только это обстоятельство и заставляет кредитора указать исполнительному органу на данное лицо, дабы от него отобрать имущество, конечно, не для передачи его должнику, не для передачи кредитуру, а для обращения его в объект взыскания и для поступления с ним, как с таковым. Ввиду связи, существующей между этой имплорацией и иском об уничтожении, последний предъявляется против того, против кого предъявлена первая. Разрывать эти два требования нет основания: против этого говорят и практические соображения. Удобнее для кредитора соединять эти два требования, направив их против одного и того же лица. Это и выгоднее для него: обладатель имущества примет меры к сокрытию своего имущества, узнав, что предъявлен иск к должнику и скоро к нему обратятся с истребованием приобретенного. Ему на это как бы даётся время; никаких обеспечительных мер против него принято быть не может, что, однако, вполне возможно и целесообразно в том случае, когда иск об уничтожении акта предъявляется против него.

Таковы существенные черты нашей теории. В последующем изложении нам не раз представится случай применить и проверить основные ее положения.

Глава вторая

Возникновение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Условия, при наличии которых кредитору предоставляется право опровергать акты, совершенные должником, могут быть сведены к трем группам: 1) условия на стороне кредитора; 2) условия на стороне должника; 3) условия на стороне третьего лица.

I. Условия на стороне кредитора

К условиям этим принадлежат:

1. Наличие обязательственного требования, обладающего исполнительной силой. Эта исполнительная сила требования как возможность быть реализованным может быть рассматриваема с двух точек зрения, с процессуальной и с материально-правовой. С первой, требование должно удовлетворять процессуальным условиям, необходимым для его реализации, иначе требование должно иметь исполнительный титул. Со второй точки зрения, требование должно удовлетворять материально-правовым условиям его реализации, — оно должно быть само по себе достаточно зрелым для действи-

тельной фактической реализации, то есть, если оно срочно, — срок должен наступить, если суспензивно условно /под отлагательным условием/, — условие должно осуществиться⁷⁷. Что касается исполнительной силы требования в процессуальном смысле, то, конечно, вопрос о том, когда она наступает, решается на основании общих правил того или другого законодательства, определяющего условия и момент вступления судебного решения в исполнительную силу. Там же определяются и условия так называемого предварительного исполнения. Можно ли считать требование обладающим исполнительной силой, когда по нему состоялось решение, подлежащее принудительному исполнению? На этот вопрос следует ответить утвердительно, но не безусловно. Решение обладает исполнительной силой, но сила эта лишь может быть у него отнята путем замены его другим решением, постановленным высшим судом. Это обстоятельство, конечно, не ослабляет исполнительной силы решения, не заставляет отрицать его силы, а дает лишь основание принять известные меры к охранению интереса ответчика, например,

⁷⁷ Соблюдение условия о наличии «исполнительной силы» не требуется в рамках действующего российского законодательства, хотя определенные аналогии провести можно. Для того, чтобы оспаривать сделки должника в рамках Главы III.1 Закона о банкротстве, необходимо, чтобы требование кредитора было включено в реестр требований и составляло в нем не менее десяти процентов (п.2 ст. 61.9 Закона о банкротстве). А включение в реестр осуществляется в судебном порядке (ст. 71 Закона о банкротстве), при этом суд рассматривает как обоснованность самого требования, так и поступившие разногласия. (Прим. редактора)

cautio de restituendo /обеспечение на случай поворота исполнения/.

По отношению к праву опровергать акты, если решение по требованию, принадлежащему кредитору, подлежит лишь предварительному исполнению, надо тоже установить известные охранительные меры в интересе противной стороны на случай поворота. Меры эти могут быть различны.

Во-первых, суд должен приостановить исполнение решения по иску об уничтожении акта до момента полного вступления решения по главному требованию кредитора в законную силу, то есть до признания за этим требованием бесповоротной исполнительской силы, иначе говоря, он должен суспендировать */отложить/* самое исполнение. Такую меру принял германский закон 1879 г. (§ 10). Но против этого могут быть делаемы и делаются существенные возражения. Создается новый случай, когда осложняются и видоизменяются условия исполнительской силы решения, то есть создаются условные решения, как нечто совершенно исключительное, от чего именно в данном случае едва ли можно ожидать полезного результата. Так как срок для обращения предварительной исполнительской силы в окончательную не может быть положен (если подана апелляционная жалоба), то вследствие замедлений и затяжек в процессе между кредитором и должником третье лицо может долго находиться в неопределенности относительно своей обязанности к возврату имущества и объема этой обязанности⁷⁸.

⁷⁸ Kranichfeld. Gesetz betref. die Anfechtung von Rechtshandl. eines Schuldners ausserhalb des Konk. S. 50, p. 6.

Отмена решения, по которому последовало предварительное исполнение, может причинить ответчику по иску об уничтожении акта множество совершенно напрасных затруднений. Так как по иску этому состоялось решение, хотя и не подлежащее исполнению, но влекущее известные последствия, то по отмене решения по главному иску (между кредитором и должником) последствия эти придется устранить. Так если в ипотечную книгу внесена предварительная отметка, то она должна быть уничтожена; или если решением по иску об уничтожении акта уничтожена цессия, то это последствие может быть устранено лишь путем иска к кредитору⁷⁹. *Вторая* из предлагаемых мер более эластична: кредитор, имеющий решение, подлежащее предварительному исполнению, может предъявить иск об уничтожении акта, но суд может приостановить дело до вступления решения в полную исполнительную силу⁸⁰. Это должно быть представлено его усмотрению, руководиться он должен индивидуальными особенностями отдельного случая⁸¹. Принцип в этом случае остается в полной неприкосновенности.

Итак, требование кредитора должно быть признано решением, обладающим исполнительной силой. С точки зрения принятой нами тео-

⁷⁹ Hartmann. Указ. соч. С. 192–193.

⁸⁰ Hartmann. Указ. соч. С. 192–193, также Jaeckel. Указ. соч. С. 196.

⁸¹ Фельдерндорф (Указ. соч. С. 126) против этого; по его мнению, неудобство условного решения может быть устранено иском порядком. Против этого никто не спорит, но в этом-то и состоит неудобство.

рии, объяснить себе необходимость этого условия весьма легко. Если право опровержения акта есть средство взыскания, то, прежде чем наступили условия последнего, а к таковым, прежде всего, принадлежит исполнительная сила решения, было бы непоследовательно обращаться и к этому вспомогательному средству⁸². С нашей точки зрения, праву судебного залога придается обратная сила, — кредитор должен обладать действительным правом судебного залога, чтобы в его интересе этому праву могла быть придана обратная сила. Но, независимо от этого соображения, в пользу рассматриваемого условия есть и другие, приводимые и противниками теории исполнительной силы решения. Так, *во-первых*, если при взыскании для отобрания у должника вещей, находящихся в его обладании, требуется решение, обладающее исполнительной силой, то отобрание для этой же цели вещей, не находящихся более в его руках, без наличия такого решения было бы невозможно. *Во-вторых*, решением суда лишь могут быть определены пределы права кредитора при опровержении акта, — он может осуществить его только в тех границах, в коих за ним признано право решением, обладающим исполнительной силой⁸³. *В-третьих*, до восприятия решением по данному требованию исполнительной силы отношение между кредитором и должником не настолько выяснилось, чтобы давать основание опровергать формально действительный

⁸² См. Menzel. Указ. соч. С. 42.

⁸³ Korn. Указ. соч. С. 16.

акт и вызвать для постороннего лица связанные с этим неудобства⁸⁴.

Один лишь ученый, а именно, Отто⁸⁵, высказывается против этого условия уничтожения актов. Он не видит необходимости в возведении исполнительной силы акта с процессуальной стороны в условие опровержения актов. Он не отрицает некоторого значения этого условия, а именно: решением, обладающим исполнительной силой, облегчается доказывание того, что у кредитора имеется требование против должника, а доказательство несуществования этого требования возлагается на должника. Другого значения это условие, по его мнению, иметь не может. Соображения его суть следующие.

Во-первых, право кредитора на удовлетворение совершенно одинаково нарушено, будет ли оно обладать исполнительной силой или нет. Он совершенно одинаково страдает даже в том случае, когда и не намеревается осуществить свое право. Это соображение неубедительно, оно лишь вытекает из основных положений данной теории и, с ее точки зрения, имеет некоторое значение. Кто же станет, защищая необходимость судебной исполнительной силы решения, утверждать, что, благодаря этой силе, кредитор менее страдает в своем праве? *Во-вторых*, юридическая природа права опровержения актов вовсе не зависит от того, будет ли взыскание произведено в более или менее отдаленном будущем, — право это лишь очищает

⁸⁴ Cosack. Указ. соч. С. 35–36, Menzel. Указ. соч. С. 42.

⁸⁵ Otto. Указ. соч. С. 238.

путь к взысканию. Против этого надо заметить, что юридическая природа исследуемого права, конечно, не может зависеть от времени взыскания, — она определяется возможностью взыскания. Нет условий взыскания — нет и этого права; раз данное обстоятельство является условием взыскания, оно является и условием этого права, кладущим отпечаток на юридическую природу его. К числу этих условий относится и исполнительная сила требования, и много других, например, годность вещи как объекта взыскания, — это условие и взыскания (с нашей точки зрения, судебного права залога), и права опровержения актов. *В-третьих*, нет оснований заставлять кредитора добиваться исполнительного титула в тех случаях, когда третье лицо, контрагент должника, не отрицает существования своего требования. Это замечание практического свойства, но, делая его, упускаются из виду практические соображения другого рода. Если и не требовать предъявления исполнительного титула, то сами кредиторы в ожидании различных возражений со стороны противника заручатся этим титулом. Ясность и несомненность отношений между кредитором и должником — одно из основных требований, если кредитор, обращаясь к третьему лицу с целью опровержения акта, желает добиться благоприятного для себя решения суда. *В-четвертых*, представление исполнительного титула вовсе не является гарантией тому, что по окончании процесса об уничтожении акта кредитор воспользуется этим титулом для возвращения имущества в число объектов взыскания. Против этого надо заметить, что для кредитора не-

достаточно одного того, что акт уничтожен. «Когда он уничтожен, — говорит Козак, — очищается путь для возвращения имущества в число объектов взыскания. Самое же возвращение совершается не на основании решения по иску об уничтожении акта, а на основании решения по иску кредитора к должнику: кредитор, буде он пожелает исполнения, непременно воспользуется этим титулом. Гарантией тому является именно то, что он сошлется на титул, имея серьезное намерение осуществить свое право до конца»⁸⁶. Ввиду этих возражений понятно, что мнение Отто никем не было принято⁸⁷; даже опровергать его не считали нужным⁸⁸.

Но против судебной-исполнительной силы требования как условия права кредитора опровергать акт может быть сделано другое возражение, с точки

⁸⁶ Cosack. Указ. соч. С. 36.

⁸⁷ Дальнейшее развитие событий показало, что в долгосрочной перспективе в российском законодательстве все-таки возобладала позиция, которую разделял Отто. Сейчас для того, чтобы оспаривать сделки должника, не требуется, чтобы требование кредитора к должнику было предварительно подтверждено вступившим в законную силу судебным актом и исполнительным документом. Но и точка зрения автора не отвергается полностью, — как было отмечено выше, судебный порядок включения требования кредитора в реестр требований имеет определенное сходство с «исполнительным титулом», о котором говорит А. Гольмстен. Правда, если в ближайшем времени этот порядок будет упразднен (что вполне возможно, по аналогии с делами о банкротстве кредитных организаций), то позиция Отто будет в еще большей степени подкреплена позитивным правом. (*Прим. редактора*)

⁸⁸ Слабые возражения Корна в счет не идут. См. Когн. Указ. соч. С. 19.

зрения законодательной. Нет надобности вносить его в закон, ибо это условие, так сказать, выводное. Выводится оно из другого, безусловно необходимого требования: безуспешности взыскания, произведенного кредитором из имущества должника. Раз требуется «безуспешность» взыскания, то этим уже сказано, что требование кредитора должно обладать судебной-исполнительной силой, хотя бы он фактически не пытался приступить к взысканию ввиду несомненной безуспешности его.

Что касается исполнительной силы требования со стороны материально-правовой, то она имеет свои основания. *Во-первых*, нельзя говорить о праве кредитора на удовлетворение, о нарушении этого права и о причинении кредитору вреда, пока не наступил срок или не осуществилось условие (*conditio*) его требования⁸⁹. *Во-вторых*, так как невозможно взыскание до этого времени, то невозможно пользоваться и вспомогательным его средством; и, *в-третьих*, если кредитор не может до наступления срока или осуществления условий обратиться к взысканию на имущество должника, то было бы несправедливо предоставлять это право по отношению к третьему лицу.

Эти положения бесспорны, спорят лишь о том, какое значение придавать материально-правовой исполнительной силе требования — значение условия возникновения права кредитора опровергать акт или условия его осуществления. Разногласие весьма существенное: если оно условие возникновения, то до наступления срока требования и осу-

⁸⁹ Otto. Указ. соч. С. 237.

ществления условия, то есть при условных решениях по данному требованию, нельзя предъявить иска об уничтожении акта. Если же это условие осуществления, то иск может быть подан и решение постановлено, но исполнительная сила его суспендируется до наступления срока или осуществления условия. За последнее мнение высказывается Фельдерндорф⁹⁰, но согласиться с ним невозможно, ибо, повторяем, кредитору нельзя предоставить более прав по отношению к третьему лицу — противнику по иску об уничтожении акта, чем по отношению к должнику. Если он, например, добился решения суда о присуждении ему права на периодические платежи или права на сумму денег в случае выдачи вещи, то до наступления сроков платежей или до выдачи вещи он не вправе требовать исполнения. Точно так же не вправе он предъявить иск об уничтожении акта, — еще неизвестно, быть может, должник произведет платеж или выдаст вещь или взыскание по наступлении срока или осуществления условия и не окажется безуспешным. Если же смотреть на материально-правовую исполнительную силу требования как на условие осуществления права, то придется допустить постановление условного по иску решения, и выйдет, что одно условное решение вызвало другое — тоже условное. Осложнение совершенно излишнее и вызывающее обременительные последствия для третьего лица.

И против этого условия мы можем сделать то же возражение, что и против «судебно-исполнительной силы требования кредитора», — оно разуме-

⁹⁰ Völderndorf. Указ. соч. С. 34.

ется само собой и, с законодательной точки зрения, цен не имеет. Если требуется «безуспешность взыскания», то для удовлетворения этому условию необходимо, чтобы требование было исполнимо во всех смыслах этого слова.

2. Наличие точно определенного денежного требования. О необходимости точной определенности требования нечего распространяться. Это основное требование взыскания из наличного имущества должника. Оно же распространяется на взыскание будущее, в форме возврата вещи в число объектов последнего, возврата, наступающего после разрешения дела по иску об уничтожении акта⁹¹. Более затруднений представляет вопрос о денежном требовании⁹². Если исходить из того, что практический результат иска об уничтожении акта есть возвращение имущества в число объектов взыскания и что, следовательно, имущество не переходит ни к должнику, ни к верителю, а становится предметом исполнения решения, то требование кредитора не может заключаться ни в праве на индивидуально определенную вещь, ни на то или другое количество заменимых вещей того или другого рода. Допустить предъявление кредитором иска об уничтожении акта, когда его требование так индивидуализировано, значило бы

⁹¹ Völderndorff. Указ. соч. С. 35, Hartmann. Указ. соч. С. 62.

⁹² В принципе, определенную аналогию с действующим российским законодательством можно провести и здесь, так как правом оспаривать сделки обладают кредиторы, требования которых включены в реестр, а в реестр подлежат включению только денежные требования. (Прим. редактора)

совершенно извратить занимающий нас институт и признать, что при посредстве этого иска кредитор желает получить вещь, на которую он имеет какое-то право. Кредитор пользуется этим иском только для целей взыскания, а не для получения имущества в свое обладание. Взыскание оказалось безуспешным. Вследствие этого, путем иска об уничтожении он добивается лишь, чтобы то, что ранее было невозможно, стало возможным, то есть ничего иного, как взыскания. С нашей точки зрения, он только осуществляет право судебного залога, то есть право свое на ценность, на стоимость имущества, а не на самое имущество или отдельные части его — не на его субстанцию. Ввиду этого иском об уничтожении акта может воспользоваться только кредитор, имеющий денежное требование. Результатом взыскания только и может быть вручение известной суммы денег, не в смысле суммы, которая должна перейти в состав его имущества, а суммы, благодаря вручению которой погашается его право на денежный платеж.

Это мнение, однако, нельзя считать господствующим. Противоположное наиболее обстоятельно развито Иекелем. По его мнению, наличие у кредитора денежного требования — общее правило, по исключению же требование его может заключаться в праве на индивидуально-определенную вещь, на известное количество заменимых вещей. Иекель не видит достаточных оснований не предоставлять и в этих случаях кредитору иска об уничтожении акта. Аргументы, им приведенные, сводятся к двум. Первый — право кредитора на удовлетворение одинаково нарушено, будет ли он иметь пра-

во на денежную сумму или на вещь, определенную индивидуальными или родовыми признаками. Второй — для предъявления этого иска достаточно, чтобы имелись такие средства удовлетворения, которые перешли от должника к третьему лицу (или остались у последнего, не переходя к должнику). Оба эти аргумента несостоятельны. Против первого надо заметить, что положение это вовсе не такого свойства, чтобы его можно было приводить в виде аргумента. Не приводится никаких доказательств тому, что нарушение всякого права на удовлетворение дает основание иску об уничтожении акта. Мы, наоборот, думаем, что не всякого, а только такого, которое имеет своим предметом денежную сумму, именно потому, что цель иска во все не предоставление кредитору той или другой вещи, определяемой теми или другими признаками, а возвращение вещи в число объектов взыскания и вручение ему денежной суммы. Второй аргумент содержит в себе незаконченное положение — наличие не всякого рода средств удовлетворения, перешедших от должника к третьему лицу, дает основание иску об уничтожении акта, а лишь средств, могущих быть объектами взыскания, и если речь идет о вещах, то вещей, могущих быть проданными, дабы вырученная сумма могла быть вручена взыскателю. Вручение вещи непосредственно будет не взысканием, а особым способом исполнения решения, передачей вещи натурой, для достижения чего служит не иск об уничтожении акта, а другие иски — *rei vindicatio* /виндикационный иск/, иск об исполнении обязательства и т.п.

Иекель не видит оснований, почему не предоставить кредитору, имеющему по договору право на 10 центнеров ржи среднего качества, право уничтожить договор продажи, по которому эти 10 центнеров перешли к третьему лицу и требовать передачи ему ржи. На это можно возразить: во-первых, иск об уничтожении акта в этом случае непригоден, ибо путем его не осуществляется право собственности кредитора на данное имущество, не переходит вещь в состав имущества кредитора. Требуя же 10 центнеров, кредитор требует свое или то, что должно стать его имуществом, он именно добивается перехода имущества в состав своего имущества. Во-вторых, для удовлетворения кредитора служат другие средства. Если по смыслу данного законодательства право собственности на проданное имущество переходит к покупщику в момент заключения договора, то кредитор предъявляет к третьему лицу *rei vindicatio* с целью возврата вещи. Если право собственности переходит к покупщику лишь после передачи, то кредитор может предъявить к должнику или иск об исполнении обязательства, если это допустимо, или же иск об уплате интереса, и уже к третьему лицу обратиться с требованием 10 центнеров ржи не может. Если же кредитор удовлетворяется не рожью натурой, а ценой ее, то, конечно, ему не возбраняется предъявить к продавцу денежное требование, равное 10 центнерам ржи, и если у последнего имущества не окажется, то он может требовать уничтожения акта, указав на то, что третье лицо имеет рожь, которую и надо обратить в объект взыскания, то есть продать и деньги вручить

кредитору⁹³. Ввиду этих соображений мы считаем это мнение безусловно неправильным.

3. Наличие требования, возникшего ранее акта, совершенного в ущерб кредитору. Это условие, впервые выдвинутое римским юристом Марцеллом⁹⁴, выставляется преимущественно французской доктриной, находящейся как бы под влиянием */Гражданского/* кодекса. Последний требует, чтобы акт, совершенный должником, нарушал «права» кредитора (ст. 1167), а пока этих прав еще нет, то есть, пока нет у должника кредиторов, акты, по своим последствиям вредящие будущим кредиторам, сими последними уничтожены быть не могут⁹⁵. Но французская доктрина, не связанная безусловно кодексом, допускает под влиянием жизненных требований отступление от этого общего правила в тех случаях, когда акт был совершен именно с намере-

⁹³ Здесь автор затрагивает любопытную тему о соотношении таких способов защиты права, как виндикация вещи и последствия признания недействительной сделки по отчуждению вещи. В современном российском праве вопрос о конкуренции между этими способами (что делать, если виндикационный иск не может быть удовлетворен, т.к. вещь истребуется у возмездного добросовестного приобретателя, а иск о недействительности сделки приведет к реституции и истребованию вещи) разрешил Конституционный Суд РФ в своем Постановлении № 6-П от 21 апреля 2003 года. Более подробно об этой проблеме (еще до ее разрешения Конституционным Судом) см. Смирных А.Г. Защита интересов добросовестного приобретателя // Журнал российского права. — 2001. — № 11. (Прим. редактора)

⁹⁴ Подробности см. у Grützmann'a. Указ. соч. С. 12–21, 40–44. Hasenbalg. Zur Lehre von der actio Pauliana. С. 34–38.

⁹⁵ У нас этот взгляд поддерживает Карницкий (Указ. соч., С. 19), не допуская из общего правила никаких исключений.

нием лишить будущих кредиторов удовлетворения⁹⁶. Например, торговец тайно от кредиторов продал свое торговое заведение, вступив в сделку с посторонними лицами, доверяющими ему лишь в предположении, что он — владелец торгового заведения. Здесь, несмотря на то, что акт был совершен должником ранее возникновения требования его кредитора, опровержение должно быть допущено⁹⁷.

Немецкая доктрина выставляет обратный принцип, — она прямо отрицает необходимость совершения акта позднее сравнительно с возникновением отношения между кредитором и должником⁹⁸, то есть если имеются в наличии все условия опровержения акта, то взаимное отношение моментов возникновения двух актов не имеет значения. Общих соображений в пользу этого безразличия приводится немало. *Первое*: совершение опровергаемого акта ранее требования кредитора не препятствует

⁹⁶ Строго говоря, из ст. 1167 ГК Франции, которая сохранила свое действие и в настоящее время («Они /кредиторы/ также могут от своего имени оспорить сделки, заключенные их должником в результате умышленного нарушения их прав»), прямо не следует, что права кредиторов должны возникнуть до оспариваемой сделки. Можно прочесть эту норму, как говорящую о сделках должника, заключенных в результате умышленного нарушения прав не отдельного кредитора, а кредиторов вообще. Поэтому вторая точка зрения, приведенная автором, видится более обоснованной. (*Прим. редактора*)

⁹⁷ Laurent. Указ. соч. № 462, Naquet. Указ. соч. С. 120, Carmas. Указ. соч. С. 76.

⁹⁸ Не говоря уже об австрийских ученых, которые комментируют § 32 Закона 16 марта 1884 г. (Menzel. Указ. соч. С. 40, 41, Kaserer. Указ. соч. С. 100–104, Steinbach. Указ. соч. С. 126–128.

тому, чтобы в данном случае признать, что кредитором актом причинен ущерб и что должник имел намерение причинить таковой. Наличие ущерба удостоверяется тем, что во время взыскания у должника не оказалось средств удовлетворения. Намерение же может сказаться в том, что должник еще ранее составил себе план, каким образом в будущем лишит кредиторов удовлетворения и раньше возникновения требования совершил акт⁹⁹. *Второе*: когда кредитор производит взыскание, то никому и в голову не приходит спрашивать, владел ли должник данной вещью во время возникновения требования или нет. Он имеет право обратиться в объект взыскания всякое имущество должника, и если та или другая вещь отчуждена, то он имеет право требовать ее возврата, и уже в этот момент нет основания внезапно возбуждать вопрос, когда кто стал кредитором¹⁰⁰. *Третье*: по мнению Иекеля, этого сторонника деликтной теории, современное право, видя правонарушение в обманном действии должника самом по себе и предполагая лишь, что следствием этого действия было причинение ущерба кому-либо из кредиторов, не требует, чтобы обман был направлен против того или другого из них. Не придается значения и нарушению доверия кредиторов, проявляющемуся в том, что должник лишает их удовлетворения из имущества, на которое они рассчитывали во время возникновения их требования. Акт, совершенный должником еще до возникновения требования, имеет в себе самом «зародыш своего оспаривания», — лежит он

⁹⁹ Korn. Указ. соч. С. 205.

¹⁰⁰ Kaserer. Указ. соч. С. 104.

в объективной безнравственности действия¹⁰¹. Против этого соображения Иекеля можно сделать немало возражений, но мы приводим его не для этой цели, а лишь чтобы показать, что и сторонники деликтной теории высказываются против возведения указанного требования в неперемнное условие уничтожения акта. По справедливому замечанию Менцеля, требование это последовательно вытекает из положений деликтной теории¹⁰². *Четвертое*: не лишено значения и чисто легислативное /законодательное/ замечание Консбруха: если признать за кредитором право опровергать лишь акты, совершенные после возникновения его требования, то акты эти будут писаться задним числом и закон, направленный против обманов, лишь откроет им более широкое поле¹⁰³. Наконец, *пятое*: с точки зрения нашей теории, мы можем об этом вопросе сказать то же, что сказал Менцель, с точки зрения своей, а именно, что момент совершения акта, до или после возникновения требования кредитора, — безразличен. Мы признаем субъектом права опровержения актов должника не кредитора вообще, а кредитора-взыскателя. Раз он взыскатель, и имеются в наличии условия для придания праву залога обратной силы, уже неуместен вопрос о моменте, с какого он стал кредитором.

Но против германской теории может быть сделано одно, по-видимому, разрушающее возражение, — она опасна с точки зрения интересов гражданского оборота. Колеблется прочность гражданских сделок;

¹⁰¹ Iaeckel. Указ.соч. С. 14–35.

¹⁰² Menzel. Указ. соч. С. 41.

¹⁰³ Cohnsbruch. Ueber die Befugniss der Konkurs-Gläubiger zur Anfechtung. С. 38.

никто, вступив давно уже в сделку, не может быть спокоен, что хотя бы и до истечения давностного срока не явится недавний кредитор и не разрушит сделки. Не гарантирует в этом случае самая образцовая осторожность и предусмотрительность. Например, я пять лет тому назад продал или подарил дом, сделав это в цветущую пору материального моего благосостояния, затем, в этом году занял известную сумму и оказался неисправным, — является мой кредитор и разрушает купчую или дарение. Это было бы действительно ужасно, если бы сторонники этой теории не имели в виду двух гарантирующих средств: 1) необходимость при возмездных сделках доказательства намерения должника причинить ущерб кредитору и известность этого намерения со стороны контрагента; 2) при безвозмездных сделках, которые могут быть опровергаемы безотносительно к тому, имел ли должник намерение причинить ущерб (последнее всегда предполагается), — установление очень короткого срока для осуществления права опровергать акт. Что касается первого, то случаи опровержения актов благодаря необходимости доказывать *animus fraudandi* /намерение причинить вред/ должника и *conscientia fraudis* третьего лица всегда будут исключительными и вполне рациональными. Для гражданского оборота никакой опасности они не представляют. Если никакой причинной связи между актом, подлежащим опровержению, и требованием кредитора нет, то и акт сохраняет свою силу. Причинная же связь имеет место тогда, когда наступившая невозможность удовлетворения кредитора входила в намерение должника, совершившего данный акт. Если должник, совершая

акт, не имел и не мог иметь в виду лишения своих будущих кредиторов удовлетворения, то акт не может быть опровергнут. В каждом отдельном случае должно быть установлено это намерение должника, хотя в науке полного единогласия относительно детального содержания этого намерения не существует. Так, Корн¹⁰⁴ и Кранихфельд требуют, чтобы было доказано, что должник совершил акт, умаляющий его имущество, именно с целью наделать долгов и оставить кредиторов без удовлетворения. Кранихфельд даже требует, чтобы должник поставил себе целью лишить удовлетворения или кредиторов вообще, или определенных кредиторов. В последнем случае другие кредиторы, кроме этих определенных, уже не могут опровергать акт. Против такого смысла «намерения» справедливо высказывается Гартман. По его мнению, вполне достаточно, если установлено, что должник сознавал, что, совершая акт, он лишает будущих кредиторов удовлетворения¹⁰⁵. Требовать более субъективной причинной связи между актом должника и ущербом, причиненным кредитором, то есть чтобы акт был совершен именно для причинения этого ущерба вообще или определенному кредитору, не представляется надобности, — это вызовет совершенно напрасные стеснения кредитора в его праве опровергать акты должника. Ни Корн, ни Кранихфельд никаких доказательств устанавливаемых ими ограничений не приводят. Но как бы то ни было, требования наличия *animus fraudandi*, достаточно гарантирует от наступления неудобств

¹⁰⁴ Korn. Указ. соч. С. 205–206.

¹⁰⁵ Hartmann. Указ. соч. С. 76–77, 84–85.

рассматриваемого условия. Что касается безвозмездных актов, то там этого гарантирующего средства нет. Законодательства, допускающие опровержения этих актов *bona fidei*, устанавливают и срок, в течение коего они могут быть опровергнуты (германский и австрийский законы устанавливают годовой срок). Не будь этого срока, можно было бы с совершенной легкостью опровергать все дарственные акты, когда-либо совершенные должником, признав их убыточными для кредитора, хотя бы они и были совершены *sine animo fraudandi* /без намерения причинить вред/. Если же установлен краткий срок, и тем как бы предполагается, что дарение совершено *cup animo fraudandi*¹⁰⁶ /с намерением причинить вред/, то никакой опасности для прочности гражданского оборота ожидать нельзя¹⁰⁷.

II. Условия на стороне должника

Отсутствие у должника имущества для удовлетворения кредитора. Это условие столь понятно, что доказывать его необходимость едва ли

¹⁰⁶ Völderndorff. Указ. соч. С. 68.

¹⁰⁷ Современное российское законодательство не требует, чтобы оспариваемая сделка должника была совершена после того, как у соответствующего кредитора возникло требование к должнику. Сроки для оспаривания сделок также, по большей части, являются укороченными (один месяц, шесть месяцев, один год, и только для подозрительных сделок, совершенных с намерением причинить вред кредиторам, устанавливается трехлетний срок) и исчисляются до момента принятия заявления о банкротстве должника. Поэтому рассуждения автора о немецкой модели в этой части вполне сохраняют актуальность. (Прим. редактора)

представляется надобность. Если у должника имеется имущество для удовлетворения кредитора, то есть имеются объекты взыскания, то незачем обращаться к вещам, перешедшим в состав имущества третьего лица, и извлекать их оттуда путем иска об уничтожении акта. Но насколько понятна необходимость этого условия, настолько затруднений вызывает вопрос о том, когда именно можно признать это отсутствие имущества и как его установить в конкретных случаях? Ответ на это дается один: когда взыскание не привело к удовлетворению кредитора. А когда взыскание не приводит к удовлетворению кредитора? Когда у должника нет имущества и т.д. Словом, получается *circulus vitiosus /порочный круг/*. Избежать его можно, поступив так, как Отто это делает: он видит в факте безуспешности взыскания, имеющем вполне реальное бытие, предположение о состоянии имущества должника, как о факте, отвлеченно представляющемся. А именно: если взыскание не привело к желательному результату, то можно предположить, что у должника нет имущества, необходимого для удовлетворения кредитора. Если ставить так вопрос, то ответ на него должно дать процессуальное законодательство¹⁰⁸. Взыскание тогда не приво-

¹⁰⁸ Поскольку в современном российском законодательстве сделки оспариваются кредиторами в процедуре банкротства, у нас не возникает затруднения, связанного с определением недостаточности имущества у должника, на стадии оспаривания сделок (этот вопрос решается раньше, при возбуждении дела о банкротстве, и решается, по общему правилу, на основании критерия неплатежеспособности). (Прим. редактора)

дит к желательному результату, когда у должника не оказалось годных, с точки зрения законодательства, объектов взыскания. Такая постановка вопроса именно требуется теорией исполнительной силы решения. Если у должника имеется движимое имущество, включая туда и требования на других лиц, или недвижимое, то, пока это имущество действительно имеется, если ценность его не исчерпана, нельзя должника считать не обладающим имуществом для удовлетворения кредиторов. Если имущество или неправомерно отчуждено, или не востребовано, иначе — находится у третьих лиц, то оно само по себе, конечно, не является объектом взыскания. Исполнительный орган не вправе по указанию кредитора подвергнуть его судебному залогу, — для этого нужно решение по иску об уничтожении акта, путем коего имущество оказалось у третьего лица. Следовательно, только тогда можно признать отсутствие у должника имущества, когда у него не оказалось годных объектов взыскания. Если проводить последовательно эту точку зрения, не вдаваясь в тонкие характеристики состояния имущества, — в чем следует упрекнуть германских ученых, то поистине чудовищными, до крайности расширяющими права кредитора представляются воззрения таких ученых, как Корн и Иекель¹⁰⁹. Первый, исходя из того, по существу, верного взгляда, что кредитор иском об уничтожении акта добивается денежного платежа, полагает, что право кредитора уже тем нарушено, что в имуществе должника не найдено денег на удовле-

¹⁰⁹ Korn. Указ. соч. С. 20–26, Iaeckel. Указ. соч. С. 36–44.

ние взыскания¹¹⁰. Нарушение является таковым потому, что должник не имеет права устранять одни части своего имущества, оставляя другие по своему выбору и как бы указывать на них как на объекты взыскания. При взыскании право выбора вещей может принадлежать разве кредитору. Ввиду этого взыскание должно почитаться безуспешным, и кредитор получает право требовать уничтожения акта, если у должника не нашлось наличных денег. Независимо от того, если признать условием опровержения акта отсутствие какого-либо имущества, то это до крайности затруднит кредитора в деле доказывания и суд — в признании доказанности именно этого отсутствия объектов взыскания. Нет основания и переносить тяжесть доказывания на ответчика (третье лицо) того, что у должника еще имеется имущество для взыскания. Против этого Иесс приводит два весьма основательных возражения. *Первое*: приняв точку зрения Корна, условие о безуспешности взыскания лишается всякого практического значения: можно ли рассчитывать, чтобы при взыскании у должника нашлись наличные деньги; если бы они у него были, то он или не довел бы дела до взыскания, или сумел бы их скрыть. *Второе*: если цель уничтожения акта не непосредственное удовлетворение кредитора, а создание возможности обратить взыскание на вещи, находящиеся у противника, то, приняв положение Корна, право это не может быть предоставлено кредитору, пока в составе имущества должника имеются год-

¹¹⁰ По существу, это критерий неплатежеспособности. (Прим. редактора)

ные объекты взыскания. Нет достаточного повода для уничтожения акта.

Независимо от этих замечаний, нельзя не указать, *во-первых*, что положение Корна создает явную несправедливость: от уничтожения акта всегда страдающим является третье лицо, особенно, если это принявший дар *bona fide*: ему придется возвратить полученное, несмотря на то, что у должника еще имеются если не деньги, то другие вещи, годные объекты взыскания. *Во-вторых*, извращается юридический смысл всего института. Кредитор имеет судебное решение, обладающее исполнительной силой. Силе этой дается особенное, исключительное направление (как мы видели, обратное) лишь при невозможности дать ей нормальное, общее направление, иначе, — пока еще есть возможность осуществления действительного права судебного залога, до тех пор обращаться к фиктивному нет основания. *В-третьих*, нельзя не указать и на странную аргументацию Корна: должник оказывается правонарушителем потому, что он воспользовался тем правом выбора вещей, какое принадлежит кредитору. Спрашивается: разве не та же самая, в сущности, раздутая далеко не соответственно своему действительному значению, узурпация должником прав кредитора (тоже сомнительного в столь абсолютной форме) замечается и в том случае, когда отсутствие имущества понимается как отсутствие наличных денег? Должник отчудил¹¹¹ свое имущество и тем,

¹¹¹ Отчудить — форма глагола «отчуждать», в XIX веке бывшая общеупотребительной в юридическом языке. (*Прим. редактора*)

в сущности, указал кредитору, что желает, чтобы тот получил удовлетворение не из объектов, еще имеющих у него, а из уже отчужденных? В-четвертых, что касается затруднительности доказывания и излишнего обременения ответчика доказательством противного, то это замечание исходит из предположения о дурной организации судебных учреждений. Вопрос о том, имеются ли у должника объекты взыскания, подлежит свободной судебской оценке. Где суд формалистичен, там, конечно, он не довольствуется самыми очевидными данными. Пример, приведенный Корном из практики, ничего не доказывает: кредитор говорит, что взыскание с движимого имущества ни к чему не привело, движимость давно продана за долги, по сей час имеются предъявленные иски и т.п. Неужели этим нельзя довольствоваться? Если противник полагает, что у должника еще есть имущество, то он может заявить об этом и доказать этот факт. Неужели все это так затруднительно? Конечно, при положении, которое создается теорией Корна, вопрос о доказывании донельзя упрощается, но это упрощение вовсе нежелательно, и заменяется оно таким положением вещей, которое вполне нормально в области гражданского процесса.

Иекель не столь крайнего мнения, но и он полагает, что недостаточность имущества должника должна быть признана при отсутствии таких вещей, которые могут быть быстро обращены в деньги. Например, если после безуспешного взыскания с движимого имущества у должника осталось недвижимое, то все-таки имеется недостаточность имущества, и кредитор может опровергать акт, совершенный должником. Он идет, однако, еще далее:

третье лицо, и по его мнению, не вправе возражать, что в составе имущества должника имеются еще объекты взыскания. Основывает он это на том, что кредитор должен иметь прочное основание для своего права опровергать акт; прочность эта подрывается, если третье лицо станет ему указывать на имущество, у должника находящееся, — кредитор не может знать, какие вещи входят в состав имущества должника. И против этого мнения надо решительно высказаться. Прежде всего, и против Иекеля можно сказать то же, что мы сказали против Корна: нет повода и основания предоставлять кредитору право опровергать акт, если в составе имущества должника еще имеются объекты взыскания. Затем нет никаких оснований запрещать третьему лицу указывать на объекты взыскания, имеющиеся у должника¹¹². Можно ли во имя какой-то прочности прав кредитора, достигаемой этим запрещением, разрушать акт, формально действительный, когда ответчик указывает, как обойтись без этого, как достигнуть той же цели ординарным средством, то есть дополнительным взысканием из имущества, оказавшегося у должника. Запрещение это приводит к тому, что из двух лиц, действовавших *mala fide*, страдают оба, когда достаточно пострадать одному (должнику), а при *mala fides* одного должника более страдающим окажется третье лицо, действующее *bona fide*.

Не признавая, таким образом, правильности устанавливаемого Корном и Иекелем понятия отсутствия имущества у должника, мы полагаем, что предметом безуспешного взыскания должно быть

¹¹² Cosack. Указ. соч. С. 73.

все имущество должника¹¹³. Если у него еще имеются объекты взыскания, хотя бы и по указанию ответчика, то кредитор не может воспользоваться правом уничтожения акта. Пока у должника имеются еще объекты взыскания, взыскание нельзя считать окончившимся безуспешно¹¹⁴.

Но, понимая отсутствие имущества как отсутствие объектов взыскания, в самом широком смысле, мы допускаем, однако, по чисто практическим соображениям, два отступления. Мы допускаем предположение о безуспешности взыскания, хотя бы, *во-первых*, взыскания вообще или по данному требованию не было и, *во-вторых*, в составе имущества должника числилась та или иная вещь, но вопрос о принадлежности ему этой вещи оказался спорным. Что касается первого отступления, то оно, и с точки зрения нашей теории, не представляет собой уклонения от принципа, — принцип остается в полной неприкосновенности. Для установления права судебного залога и придания ему обратного действия требуется решение, обладающее исполнительной силой. Иначе: требуется возможность взыскания, а не само взыскание. Последнее может быть заведомо безуспешно, тогда, конечно, незачем его и начинать. Кредитор может привести ряд фактов, из коих суд может убедиться, что он не видел никакой надобности в самом взыскании, так как, очевидно, оно ни к чему бы не привело. Заранее установить эти факты невозможно. Они могут быть до крайности разно-

¹¹³ Hartmann. Указ. соч. С. 70, Cosack. Указ. соч. С. 73–74.

¹¹⁴ Menzel. Указ. соч. С. 53, Hartmann. Указ. соч. С. 72.

образны, так: недавняя безуспешность взыскания по требованию другого кредитора, ничтожная стоимость имущества должника или обнаруженная негодность его как объекта взыскания, задолженность его, бегство должника и т.д. В этих случаях, в подтверждение отсутствия имущества, требовать указания на безуспешность взыскания по данному долгу значило бы создавать для кредитора совершенно бесцельные затруднения в осуществлении его права на уничтожение акта. Тут кредитору должна быть предоставлена свобода в предъявлении доказательств, а суду — свобода в их оценке. Опасности в этом никакой видеть нельзя, — конечно, лишь при том условии, чтобы и ответчик (третье лицо) имел широкое право возражения, то есть указания на то, что факты, приведенные кредитором в подтверждение бесполезности и заведомой безуспешности взыскания, не убеждают в том, что у должника не имеются объекты взыскания. Этого не мог не допустить и Иекель¹¹⁵, стесняющий право ответчика в тех случаях, когда кредитор прямо доказывает безуспешность взыскания. Он видит между случаями безуспешности взыскания и случаями бесполезности его как бы принципиальную рознь, что лишено всякого основания¹¹⁶. Вся разница между этими случаями та, что в одних факт безуспешности взыскания является прямым основанием предположения об отсутствии имущества, а в других — косвенным, то есть известные факты

¹¹⁵ Jaeckel. Указ. соч. С. 42–43.

¹¹⁶ Hartmann. Указ. соч. С. 71.

дают основание предположению о безуспешности взыскания, а эта последняя служит основанием предположения об отсутствии имущества. Принципиальной противоположности неоткуда вывести, и если ответчик вправе возражать против прямого основания предположения, то он вправе возражать и против косвенного.

Второе отступление тоже мотивируется практическими соображениями. В составе имущества должника имеются спорные вещи или все это имущество спорно. Например, во время взыскания третье лицо предъявляет иск о праве на имущество, подвергшееся взысканию. Можно ли считать в этом случае взыскание безуспешным, и, следовательно, может ли кредитор считать это спорное имущество, именно ввиду его спорности, несуществующим как объект взыскания? У Корна, Иекеля и Фельдерндорфа ответ готов, и, отвечая на вопрос отрицательно, они совершенно последовательны. Если первый признает достаточным лишь отсутствие денег, оказавшееся при взыскании, а последние — отсутствие быстро реализуемого имущества, то, конечно, наличие спорного имущества они совершенно игнорируют и признают безуспешность взыскания. Но с нашей, более широкой точки зрения, приходится мотивировать это отступление практическими соображениями. Прежде всего, как справедливо замечает Козак¹¹⁷, надо различать: приостановилось ли в данном случае взыскание вследствие предъявления третьим лицом иска или нет. В по-

¹¹⁷ Cosack. Указ. соч. С. 44.

следнем случае кредитор должен этот иск игнорировать и не считать взыскание безуспешным. Иск об уничтожении акта он предъявить не может и если предъявит, то ответчик может возразить, что еще имеются объекты взыскания. И действительно, придавать значение этим искам нельзя, ибо, *во-первых*, нет никакой гарантии их основательности, и кредитору, быть может, напрасно придется ждать, пока дело пройдет все инстанции. *Во-вторых*, это может вызвать злоупотребления со стороны кредитора: предпочитая почему-либо уничтожению акта обращение взыскания на данную вещь, имеющуюся у должника, он выдвинет подставное лицо, которое и предъявит ни на чем не основанный иск. Иное дело, если предъявление иска вызвало приостановление взыскания. Тут все зависит от кредитора. Если он желает, он может дождаться окончания процесса или вступить в него в качестве третьего лица. Если не желает, он как бы вычеркивает спорную вещь из числа объектов взыскания. Возражение ответчика, что еще имеется спорная вещь, в соображение не должно быть принято: было бы несправедливо заставлять кредитора выждать окончания процесса, опять-таки потому, что иск, быть может, неоснователен, и он лишь напрасно потратит время и может понести убытки.

Совершение должником акта в ущерб кредитору. Акт, совершенный должником, дабы стать предметом опровержения, должен удовлетворять условиям двоякого рода: объективным и субъективным. С объективной стороны, акт должен влечь за собой умаление имущества должника, а с субъек-

ективной, — он должен быть выражением намерения должника лишить кредитора удовлетворения. Остановимся на этих сторонах.

Объективная сторона акта. Под юридическими актами понимаются всевозможные, односторонние или двусторонние, выраженные в той или другой форме волеизъявления, направленные на возникновение, движение, изменение, охранение и прекращение имущественных частных прав¹¹⁸. Но не всякий юридический акт может быть предметом опровержения со стороны кредитора: таковыми могут быть лишь акты, *во-первых*, предметом которых является имущество, по свойствам своим способное, по указаниям того или другого законодательства, быть объектом взыскания¹¹⁹. Если оно неспособно быть таковым, то отпадает для кредитора всякое разумное основание требовать уничтожения акта¹²⁰. Акт будет уничтожен, а взыскать окажется не с чего, например, должник цедировал обязательственное право на услугу, в уничтожении цессии кредитору нет интере-

¹¹⁸ Это определение примерно соответствует современному законодательному определению сделки, которое дано в ст. 153 ГК РФ, согласно которой сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Юридический акт понимается сейчас несколько шире, обычно как любое деяние, направленное на достижение определенного правового результата, то есть, помимо сделок, включает, например, административные и судебные акты, а также действия, направленные на исполнение сделок. (Прим. редактора)

¹¹⁹ Korn. Указ. соч. С. 44.

¹²⁰ Menzel. Указ. соч. С. 60.

са. *Во-вторых*, и это главное, только такие акты могут подлежать опровержению, при посредстве коих происходит умаление имущества должника в смысле объектов взыскания, и соответственное увеличение имущества третьего лица. Говоря в этом случае об имуществе, которое на стороне должника умаляется, а на стороне третьего лица увеличивается, мы должны сделать оговорку. Господствующее в гражданском праве мнение таково, что будто бы в состав имущества лица входят только права приобретенные, права, имеющие определенный титул. При этом забывают, что из состава имущества лица нельзя исключить и те права, обладателем коих данное лицо является в силу законного предоставления ему этих прав, доколе противное не будет доказано. Понятия «мое» и «приобретенное мной» далеко не всегда совпадают. Моим будет и то, на что я имею право в силу законного предположения, не имея, однако, определенного основания приобретения. За «мой» признается данное право до тех пор, пока противное не будет доказано. Если, следовательно, положительное право выставляет предположение о том, что при таких-то условиях лицо считается обладателем данного права, то это предпологаемое, до доказательства противного, право не может не входить в состав имущества данного лица. Можно ли не считать входящим в состав имущества, например, право собственности, предпологаемое в лице владельца движимого имущества, или право требования, предпологаемое в лице держателя бумаги на предъявителя? Быть может, эти права приобретены незаконным способом, тем не менее, пока

это не доказано, они считаются принадлежащими данному лицу. Мысль о способе их приобретения стоит совершенно в стороне. Но в приведенных примерах имеются две черты, которые могут показаться чертами столь общего характера, что для признания в данном случае предполагаемого права наличие их является безусловно необходимой. Это фактическое обладание вещью и явно, и активным образом выраженное желание почитаться обладателем данного права. Эти две черты, присущие вышеуказанным случаям, далеко, однако, не неизбежны в других случаях предполагаемых прав. Могут быть случаи, когда фактического обладания вовсе нет, и воля данного лица относится к праву совершенно пассивно: не выражает ни желания обладать правом, ни желания не обладать им. Ничто не мешает положительному праву, если это желательно, целесообразно, необходимо, с точки зрения индивида и общезития, и в этих случаях выставить предположение, что данное право почитается принадлежащим данному лицу, доколе противное не будет доказано.

Затем, признавая, что имущество должника умаляется, а третьего лица соответственно этому увеличивается, заметим, что выражения «умаление» и соответствующее ему «увеличение» имеют здесь, однако, условное значение.

С одной стороны, они понимаются лишь с точки зрения кредитора¹²¹, с другой стороны, такое увеличение и умаление имеют место и тогда, когда не имеется соответствующего увеличения

¹²¹ Jaeckel. Указ. соч. С. 53.

на стороне третьего лица с экономической точки зрения, и, с третьей стороны, нет надобности, чтобы должник, умяляющий свое имущество, имел целью увеличить имущество третьего лица. Что касается *первой*, то, вообще говоря, можно признать умяление и соответствующее ему увеличение имущества лишь в том случае, когда из имущества выделена соответствующая часть безвозмездно, без соответствующего эквивалента. Если должник продал имущество, получил полный, вполне покрывающий стоимость последнего эквивалент, то его имущество не уменьшилось, ибо в состав его перешла известная сумма денег вместо имущества, — произошел лишь обмен. Только при несоответствии полученной суммы стоимости имущества можно говорить об умялении его, определив последнее разностью цены имущества и покупной суммы. Так смотрит на это Газенбалг¹²²; он поражается, как можно разрушать сделку, посредством которой не произошло действительного умяления имущества должника. По его мнению, третье лицо, уплатив полный эквивалент, сделало все, что могло, в уважение интересов кредиторов своего контрагента, и карать его разрушением сделки нет основания. Но Газенбалг упускает из виду, что до сих пор, по крайней мере, ни доктрина, ни законодательства не признают возможности уничтожения возмездного акта только ввиду уменьшения имущества должника, — для уничтожения акта необходимы и дру-

¹²² Hasenbalg. Указ. соч. С. 25.

гие условия¹²³, и прежде всего — *animus fraudandi* должника. Если нет намерения данной сделкой причинить ущерб кредиторам, то само по себе отчуждение с получением эквивалента не дает кредитору права опровергать акт. Нельзя, конечно, отрицать, что вопрос о том, соответствует ли полученный должником эквивалент действительной стоимости отчужденного имущества, имеет значение для установления внутренней стороны сделки, то есть намерения должника и его контрагента и характера самой сделки (быть может, она окажется безвозмездной?), но сам по себе вопрос об эквиваленте для кредитора не имеет значения¹²⁴. Ему нужна вещь, выбывшая из имущества должника и перешедшая в имущество контрагента. Из новейших ученых Фельдерндорф¹²⁵ впадает в большую ошибку, говоря весьма образно, что в тех случаях, когда должник отчуждил имущество за цену, значительно превышающую стоимость его, кредиторам остается только хвалить его и смеяться. Мы с этим не согласны: им не только остается хвалить и смеяться. Хваля и смеясь над покупщиком, они имеют достаточный интерес уничтожить акт, — быть может, они, возвратив вещь в число объектов взыскания, найдут такого же любителя данного рода вещей, какого нашел сам должник, и, найдя его, могут рассчитывать

¹²³ Otto. Указ. соч. С. 46–49.

¹²⁴ Cosack. Указ. соч. С. 62, Jaeckel. Указ. соч. С. 54, Korn. Указ. соч. С. 46, Naquet. Указ. соч. С. 9.

¹²⁵ Völderndorff. Указ. соч. С. 15, пр. 12.

на получение хотя незначительной суммы в свое удовлетворение, — это их дело, и препятствовать им нет основания¹²⁶. С точки зрения кредитора, сам факт выхода имущества из обладания должника является умалением имущества. Но, говоря это, мы имеем в виду, что полученный должником эквивалент уже не входит в состав имущества должника. Если бы он там находился, то, конечно, пришлось бы признать и с точки зрения кредитора, что имущество должника не умалилось. Затем, что касается *другой стороны*, с которой выражения «уменьшение» и «увеличение» имущества являются условными, то условность вызывают случаи отказа от права требования со стороны должника и соответствующие тому освобождения третьего лица от обязанностей. Должник уменьшает свое имущество, но увеличения имущества на стороне третьего лица тут, в экономическом смысле, нет. Из состава имущества лица нет надобности выделять известные части для уплаты данного долга. Третье лицо только не уменьшает своего имущества, оно остается *in statu quo ante /в пред-*

¹²⁶ Действующее российское законодательство занимает по этому вопросу компромиссную позицию, устанавливая, что арбитражный суд *может* отказать в признании сделки недействительной в случае, если стоимость имущества, приобретенного должником в результате оспариваемой сделки, превышает стоимость того, что может быть возвращено в конкурсную массу в результате оспаривания сделки (ст. 61.7 Закона о банкротстве). Характерно использование глагола «может», а не «отказывает», что позволяет суду при рассмотрении конкретного спора занять позицию, которую обосновал А.Х. Гольмстен. (*Прим. редактора*).

шествовавшем состоянии/. Тем не менее, с точки зрения кредитора, имеется в юридическом смысле увеличение имущества третьего лица. С момента наступления срока в составе его имущества имеются вещи, на которые кредитор может наложить руку, обратить их в объекты взыскания. Тут имеются все данные для осуществления права кредитора на уничтожение акта: имущество должника умалено, а в составе имущества третьего лица имеются вещи, могущие служить объектом взыскания. К этим случаям мы еще вернемся.

Наконец, что касается *третьей стороны*, то, как мы сказали, акт, подлежащий уничтожению, может быть и односторонним. Тут нет надобности выделять те односторонние акты, которые вовсе не направлены на установление прав, а, следовательно, и на увеличение имущества третьего лица. И они подлежат опровержению¹²⁷. Сюда относятся дереликция */оставление имущества, отказ от него/*, неосуществление права собственности в течение давностного срока и т.д. Должник, совершая эти акты, вовсе не намерен увеличивать чье-либо имущество. Увеличение это может наступать, если окажется третье лицо, к которому вещь перешла. Лицо это необходимо; если его нет, то кредитор или лишен возможности возвратить вещь в число объектов взыскания, или может добиться этого и без уничтожения акта (например, игнорируя факт неосуществления права собственности, прямо обратиться взыскание на вещь). Сло-

¹²⁷ Korn. Указ. соч. С. 47.

вом, нет надобности, чтобы увеличение имущества третьего лица совершилось преемственным способом¹²⁸.

Формулировать объективную сторону акта мы можем таким образом: посредством акта, касающегося вещи как годного объекта взыскания, должно уменьшиться принадлежащее должнику имущество с соответствующим увеличением имущества третьего лица.

Говоря об объективных условиях акта, мы не можем не остановиться на вопросе: в какой мере акты недействительные могут подлежать уничтожению в виду того, что они совершены *in fraudem creditorum*. Одни ученые склоняются в пользу совершенного безразличия: будет ли акт сам по себе действителен или недействителен, если имеются в наличии условия, необходимые для опровержения акта, кредитор может его опровергнуть, и возражение ответчика о том, что акт недействителен, в соображение не принимается¹²⁹. Другие же или

¹²⁸ Эту мысль, собственно, и хотел выразить римский юрист Павел, говоря: *in fraudem facere videri etiam eum, qui ... rem suam pro derelict habuerit, ut qui eam suam faciat* /под тем, кто считается поступающим с целью обмана, следует понимать также того, кто ... оставил свою вещь бесхозяйной, так что кто-то присвоил ее / (Дигесты Юстиниана. 42.8. 4–5). Но Виндшейд (*Pandecten* В.2. S. 679) передает эту мысль так, как будто в каждом отдельном случае собственник должен иметь в виду оккупанта / т.е. лицо, завладевшее вещью/; несомненно, что Павел придавал словам *ut qui eam suam faciat* общее значение, значение предположения, всегда имеющегося в виду, когда говорят о дереликции.

¹²⁹ Cosack. Указ. соч. С. 53, *Völderndorff*. Указ. соч. С. 23, *Menzel*. Указ. соч. С. 101.

выражаются, или абсолютно в противоположном смысле, или же устанавливают те и другие ограничения, то есть или не допускают опровержения акта в собственном смысле, а признают во всех случаях недействительности за кредитором право уничтожить акт каким-либо иным способом, или же не допускают опровержение акта только в случае недействительности, происшедшей вследствие неправопособности лица, совершившего его. В остальных же случаях они допускают только опровержение, а не пользование каким-либо иным средством уничтожения акта¹³⁰. Что касается ученых первой группы, то они, исходя из безусловно верного положения, что, хотя данный акт как недействительный не имеет юридического бытия, но, пока пороки его скрыты, он производит нормальный эффект, изменяет существующие юридические отношения. Если изменение это выражается в виде намеренного умаления имущества должника и соответствующего увеличения имущества третьего лица, то имеются все основания для опровержения акта кредиторами. Возражение противника о том, что акт недействителен, не может быть принято в уважение, и не может заставить суд, в случае доказанности его, отказать кредитору в уничтожении акта. Если бы возражение это было допущено, то последствия были бы печальны: кредиторы никогда не имели бы возможности осуществить свое право, например, при симуляции, принуждении и т.п. Все эти обстоятельства тре-

¹³⁰ Iaeckel. Указ. соч. С. 7 и след., Otto. Указ. соч. С. 26–27, Ecius. Указ. соч. С. 122, Hartmann. Указ. соч. С. 45.

тъяму лицу, договорившись с должником, доказать не трудно.

В такой общей форме с этим мнением можно согласиться, но, как увидим ниже, один лишь пункт должен быть подвергнут сомнению: это полное игнорирование возражений противника. Конечно, мы не станем отстаивать необходимость отказа кредитору в иске, как последствия уважения возражения, но об этом ниже.

Что касается второй группы ученых, то те из них, которые совершенно отрицают за кредитором право опровергать недействительный акт, исходят из совершенно абстрактной предпосылки, что недействительный акт есть *nonsens*, а следовательно, не может быть предметом опровержения. Мнение это несостоятельно уже потому, что этот *nonsens* является таковым *in abstracto*. Реально же это нечто, имеющее весьма существенное юридическое значение. Жизненные явления не могут мириться с подобными абстракциями. Кредитору вполне намеренно причинен ущерб данным актом, а ему говорят: опровергать акт, только как убыточный, вы не можете, обратитесь к специальным средствам, которые закон дает для уничтожения недействительных актов. Конечно, во многих случаях закон дает эти средства, но далеко не во всех. В теории очень спорен, а законодательствами совершенно не разрешен, например, вопрос о праве кредитора требовать уничтожения акта, совершенного должником под влиянием принуждения. Есть ученые, прямо отрицающие это право; так что указание на специальные средства уничтожения акта оказывается вполне платоническим советом. Наконец,

те ученые, которые вообще допускают опровержение и недействительных актов, делают исключение для актов, совершенных неправоеспособным, и в то же время исключают возможность применения специальных средств уничтожения недействительных актов в других случаях. Для доказательства первого положения приводят тот же довод, что и предыдущие ученые, то есть акт, совершенный неправоеспособным, не есть юридический акт, а поэтому и опровергнут кредитором быть не может. Второе же положение мотивируется тем, что право должника опровергать акт не может переходить к его кредиторам, они не могут пользоваться теми исключительными средствами, какие предоставлены должнику, и, следовательно, остается одно: предоставить кредиторам опровергать эти акты на общем основании¹³¹. Против первого утверждения мы уже высказали свои соображения, что же касается второго, то, соглашаясь с тем, что на кредитора право опровержения, принадлежащее должнику, конечно, не переносится, в юридическом смысле, нельзя не заметить, что есть другие юридические основания, по которым право опровержения может им принадлежать в полной мере и по собственному их праву, к чему мы сейчас и вернемся.

Из недействительных актов всего ближе к занимающему нас вопросу стоят акты симулированные, то есть те, в которых выраженная в акте воля не соответствует своему содержанию¹³². По этому во-

¹³¹ Hartmann. Указ. соч. С. 45.

¹³² В современном понимании, это притворные сделки.
(Прим. редактора)

просу представителем той группы ученых, которые признают возможность опровержения и недействительных актов, является Корн. Он, по изложенным общим соображениям, признает возможность опровержения симулированного акта, если только имеются в наличии объектные и субъектные условия опровержения. Но он ставит и разрешает другой, связанный с этим вопрос: может ли кредитор опровергать симулированный акт при отсутствии субъективного элемента, то есть достаточна ли наличие одного объективного элемента, в смысле уменьшения имущества должника и увеличения имущества третьего лица. Сам по себе кредитор не имеет права опровергать симулированный акт, разве бы он приобрел вещное право с его вещным иском, могущим быть предъявленным против всякого, а следовательно, и против третьего лица. В каждом симулированном акте Корн видит три части: договор об отчуждении, соглашение о симуляции и передача владения, причем для кредитора имеет значение только акт, уже исполненный. Права и обязанности сторон устанавливаются передачей владения, и благодаря соглашению о симуляции должник приобретает право требовать обратно переданную его quasi-контрагенту вещь. Это требование чисто обязательственного характера. Обязательственный акт порождает права и обязанности, но лишь между сторонами; кредитор отнять вещь не может. Ему остается одно: если вещь находится во владении третьего лица, установить путем взыскания право судебного залога на требование должника к третьему лицу, но если вещь еще не поступала во владение третьего лица, а находит-

ся у должника, то на самую вещь, если же третье лицо предъявит против него иск, то можно предъявить возражение о симуляции¹³³.

Отказать этой теории Корна в остроумии, конечно, нельзя, и этим, может быть, и объясняется то сочувствие, с которым она была принята. Но, с другой стороны, один из ее последователей и поклонников, Гартман¹³⁴, делает действительно разрушающее замечание, в сущности, говоря, что игра не стоит свеч: если все строится на доказанности симуляции, то тем уже как нельзя более подтверждается существование в данной сделке субъективного условия ее опровержения — намерения причинить вред кредиторам. Этим упраздняется сам вопрос, поставленный Корном, имевшим в виду такую симулированную сделку, в которой нет возможности доказать наличие субъективного элемента.

Иекель, представитель теории, отрицающей возможность оспаривания симулированных актов, ставит вопрос более осторожно. Он исходит из мысли о принципиальной противоположности симулированного и истинного актов. Первый не является юридическим актом и не имеет юридической силы. Опровергать его, как убыточный акт, кредитор не может. Юридически говоря, акт не вызывает никакого действия, — никакого изменения в юридическом смысле такой акт не производит. В распоряжение кредитора должны быть отданы другие средства, отличные от права оспа-

¹³³ Korn. Указ. соч. С. 209–215.

¹³⁴ Hartmann. Указ. соч. С. 53.

ривания и по условиям, и по последствиям. Они не должны быть обусловлены уменьшением и увеличением имущества, ибо при их посредстве кредитор не вторгается в чуждое ему отношение, — отношения такого не существует. Последствия же их должны заключаться не в обессиливании акта в данном направлении с сохранением силы во всех других направлениях, а в признании полного его бессилия во всех направлениях. Таким средством является самостоятельный иск, который должен быть даваем кредитору, ибо он имеет достаточный интерес в уничтожении акта: он желает устранить акт, мешающий ему возвратить данное имущество, без всяких оснований находящееся в обладании третьего лица, в число объектов взыскания¹³⁵.

Этот взгляд Иекеля на самостоятельность права кредитора требовать уничтожения симулированных актов имеет много за себя, но применение к данному случаю сделано неправильно. Иекель совершенно вытесняет иск об опровержении убыточного акта в применении к симулированным актам, исходя из абстрактного представления об акте, как о нонсенсе, и приходит к такому практически неудобному положению. Если истец предъявил иск об опровержении убыточного акта, а затем, на основании выяснившихся на суде обстоятельств, основывается на симуляции, то это следует признать недозволенным изменением иска.

Из изложенного видно, что теории опровержения недействительных актов недостает полного единства: разграничивается то, что следует объ-

¹³⁵ Iaeckel. Указ. соч. С. 7–14.

единить, объединяется то, что следует разграничить. Не повторяя уже изложенного, попытаемся устранить эти недостатки. Прежде всего, мы не различаем на почве общих соображений актов недействительных вообще от актов симулированных. Последние недействительны в силу несовпадения воли с ее содержанием. Затем мы склоняемся в пользу допустимости опровержения кредитором актов вообще убыточных, безотносительно к тому, действительны они или недействительны, как это признают Корн¹³⁶, Гартман¹³⁷ и другие. Но это нам не мешает признать и правильность того мнения Иекеля¹³⁸, что между актом, недействительным в силу того или другого порока его, и актом, подлежащим опровержению со стороны кредитора, существует принципиальное различие, как по условиям, так и, главным образом, по последствиям. Это заставляет Иекеля признать за кредитором права на особенные средства уничтожения актов, а не на иск об опровержении акта. Мы же поступаем наоборот: кредитор вовсе не имеет права пользоваться особым иском об уничтожении порочного акта, разве бы порок по существу касался его интереса; это право одного должника, которое, как замечает Гартман, к кредитору отнюдь не переходит¹³⁹. Кредитор только и может опровергать, обессилить его в данном направлении, но никогда не может уничтожить его со всеми последствия-

¹³⁶ Korn. Указ. соч. С. 206.

¹³⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 46.

¹³⁸ Iaeckel. Указ. соч. С. 8.

¹³⁹ Hartmann. Указ. соч. С. 45.

ми. Так, если акт совершен под влиянием ошибки, обмана, принуждения, неправопособности, если акт симулированный и т.д., то должник его может совершенно разрушить, кредитор же такого разрушительного права не имеет. Говоря это, мы, конечно, предполагаем, что имеются в наличии все объективные и субъективные условия опровержения акта. Тут-то нам и могут указать на ряд случаев (Корн и имеет их в виду)¹⁴⁰, когда субъективного элемента не имеется, а между тем объективный элемент указывает на необходимость допустить и тут обессиление акта. Приходится, следовательно, или прибегнуть к тому искусственному построению, которое предлагает Корн, или дать кредитору, как предлагает Иекель, особенный иск. Ни в том, ни в другом мы не нашли надобности. В тех случаях, когда, казалось бы, субъективного элемента нет, то есть нет намерения причинить вред, мы этот элемент, однако, находим: лежит он в неосуществлении должником своего права требовать уничтожения акта в силу данного порока. Например, акт, совершенный под влиянием ошибки, принуждения и т.д. Если путем этого акта перешло имущество от должника к другому лицу, и имеются все, кроме *animus fraudandi*, элементы опровержения, мы находим этот элемент в бездействии должника. В этих случаях кредитор обращается к третьему лицу, заявляя, что имущество должно быть возвращено в число объектов взыскания, ибо данным актом умалено имущество должника в его ущерб. Тот ему возражает, что акт

¹⁴⁰ Korn. Указ. соч. С. 207.

недействителен в силу ошибки, принуждения, симуляции и т.п. Тогда этому возражению кредитор противопоставляет реплику, что эти-то обстоятельства и дают ему основание признать *animus fraudandi* должника, не осуществившего свое право уничтожить акт в силу этих обстоятельств. Но таких возражений со стороны третьего лица незачем и предполагать, потому что кредитору для обоснования своего требования об уничтожении акта придется среди указаний на факты, удостоверяющие наличие условий опровержения акта, указать и на *animus fraudandi* должника, выразившийся в непредъявлении к третьему лицу иска об уничтожении акта. Точно так же, если кредитор предъявит иск об уничтожении акта, а затем сошлется на тот или другой порок, то это не будет изменением иска, а лишь более правильной формулировкой, так как он только и может предъявить иск об опровержении акта. Конечно, если б должник предъявил иск об уничтожении, то порочный акт был бы уничтожен во всех направлениях. А так как кредитор предъявляет иск об опровержении убыточного акта, то падают лишь те последствия акта, которые противны интересам кредитора. И эти положения мы распространяем вполне на симуляцию, хотя относительно акта, симулированного *in fraudem creditorum* кредитор имеет самостоятельное право уничтожить его со всеми последствиями, но ему нет надобности предъявлять столь разрушительное средство. Он может довольствоваться меньшим, а именно опровержением в пределах своего интереса. Но и тут очевиднее, чем где-нибудь, именно ввиду симуляции, этот *animus fraudandi*

всегда имеет место, как правильно замечает Гартман¹⁴¹. Вот каким образом, как кажется, надлежит разрешить этот совершенно напрасно запутанный доктриной вопрос.

Переходя к рассмотрению отдельных актов, подлежащих опровержению, мы предложили бы такую их группировку.

А) Акты возмездные и безвозмездные.

Б) Акты, направленные на уменьшение имущества, и акты, направленные на отказ от увеличения его.

В) Акты положительные и отрицательные.

Г) Акты, направленные на установление и прекращение вещных прав, и акты, направленные на установление и прекращение обязательственных прав. Рассмотрим их более подробно.

А) *Акты возмездные и безвозмездные.* Деление это имеет чрезвычайно важное значение для субъективной стороны акта, подлежащего опровержению, потому-то надо установить его на прочных основаниях¹⁴². Этого мы достигнем, приняв установленное в гражданском праве различие между двумя понятиями: юридического акта, в смысле действия, и юридического акта, в смысле сделки. Сделка направлена непосредственно на установление юридического отношения, и это последнее

¹⁴¹ Hartmann. Указ. соч. С. 53.

¹⁴² Современное законодательство о банкротстве более требовательно к сделкам должника: не только полностью безвозмездные сделки, но и сделки с неравноценным встречным исполнением признаются «подозрительными» и подлежащими оспариванию (п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве). (*Прим. редактора*)

является предметом воли. Действие же есть всякое выражение воли¹⁴³, касающееся возникновения, изменения и прекращения правоотношения, хотя бы оно имело к данному отношению косвенное, отдаленное отношение, хотя бы оно и не устанавливало между сторонами того или другого отношения. Ученые часто упускают из вида это деление и, говоря о возмездных и безвозмездных актах, забывают, что деление на возмездные и безвозмездные касается только юридических сделок. В применении к юридическим действиям оно совершенно непригодно. Например, можно ли спорить о том, суть ли дереликция, уплата долга, *datio in solutum* /замена исполнения/ возмездные или безвозмездные акты? Мы того мнения, что к юридическим действиям применяются общие правила опровержения юридических актов, то есть те, которые установлены для возмездных актов. Правила же об опровержении безвозмездных актов суть правила исключительные и к опровержению юридических действий применены быть не могут.

Б) *Акты, направленные на уменьшение и на отказ от увеличения имущества.* О первой категории нечего распространяться: мы уже выше указали на характерный признак этих актов. Спрашивается: могут ли акты, направленные на отказ от увеличения имущества, быть опровергаемы? Еще Ульпиан выставил безусловно верное положение, служащее посейчас основой для разрешения этого вопроса. Он говорит: *non fraudantur creditores quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur*

¹⁴³ Förster. Указ. соч. С. 153.

*/Кредиторов не обманывают не тогда, когда что-либо должником не приобретается, но когда уменьшается что-то из имущества должника/*¹⁴⁴. Ставить должнику в вину, что он не совершил акта приобретения права, то есть отказался от будущего права, нельзя. Притязать кредиторы могут лишь на то имущество, которое, как мы видели выше, уже входит в состав имущества должника, составляет его частную принадлежность.

Следуя указаниям Ульпиана, современная доктрина утверждает, что акт отказа от приобретения права может быть уничтожен, по требованию кредиторов, если он является выражением мысли об *alienare /отчуждать/*, а не о *non acquirere /не приобрести/*.

Для решения вопроса, является ли отказ тем или другим, ученые отсылают к положительному праву, — оно должно дать ответ на этот вопрос. Но при каких условиях, по тому или другому законодательству, отказ выражает *non acquirere* или *alienare*, — на этот вопрос ученые сами отвечают, сами выставляют те или другие условия его.

При каких же условиях отказ от права выражает собой *alienare*? Учения юристов можно разделить на две теории — субъективную и объективную. Представителями первой являются Корн¹⁴⁵ и Гартман.¹⁴⁶ Они центр тяжести всего вопроса находят в действии лица, направленном на приобре-

¹⁴⁴ Дигесты Юстиниана. 50.17. 134. Та же мысль в 42.8.26. См. Reinhart. Указ. соч. С. 99.

¹⁴⁵ Korn. Указ. соч. С. 71–73.

¹⁴⁶ Hartmann. Указ. соч. С. 42–43.

тение права. Корн говорит, что если для приобретения права требуется только волеизъявление лица, как бы в довершение всего объективного состава фактов, необходимых для приобретения права, то прямой отказ от волеизъявления, в смысле желания приобрести право, может быть уничтожен кредиторами, если им предоставляется безвозмездная выгода. Цель их — восстановить прежнее состояние и воспользоваться им для своего удовлетворения, что они могут сделать, изъявляя согласие за должника. От них никакого возмездия не требуется, так что если по данному законодательству нужно еще волеизъявление лица, то отказ от безвозмездного приобретения может быть уничтожен и кредиторы могут получить имущество за должника. Иное дело, если должнику предоставляется возмездная выгода, — тут отказ опровергнут быть не может. Гартман тоже придает решающее значение волеизъявлению правообладателя. Если для приобретения права еще требуется волеизъявление, то пока этого волеизъявления не сделано, право еще не приобретено, а, следовательно, о возможности уничтожения отказа от этого будущего права не может быть и речи.

Объективная теория, представителями которой можно считать Козака¹⁴⁷ и Менцеля¹⁴⁸, переносит центр тяжести вопроса на характер права, от приобретения которого лицо отказывается. Особенно важными моментами, говорит Менцель, для причисления данного права к составу имуще-

¹⁴⁷ Cosack. Указ. соч. С. 66–95.

¹⁴⁸ Menzel. Указ. соч. С. 80–86.

ства являются: способность его переходить по наследству (*Vererblichkeit*) и подлежать отчуждению (*Veräußerlichkeit*). Следовательно, если, например, право на открывшееся наследство по данному законодательству переходит по наследству и может быть отчуждено, то отказ от него есть *alienatio*, и он может быть уничтожен страдающими от того кредиторами. Козак исходит из мысли, и ранее его высказанной Отто¹⁴⁹, что к составу имущества принадлежит и право на приобретение, не в смысле простой фактической возможности приобретения и правоспособности, а как право, имеющее свой специальный титул. Является ли оно действительным правом, входящим в состав имущества, — это обусловлено признанием со стороны положительного права самой возможности приобретения преемственности (*vererblich und cessibel*). При наличии этих условий отказ от данного права может быть уничтожен кредиторами.

Входить в критическую оценку мнений названных ученых нет надобности. Мы выше уже указали, что не приобретение имущества, а лишь нахождение его, в юридическом смысле, в составе имущества лица, дает право кредиторам уничтожить акт, путем коего это имущество вышло из обладания должника. Между тем, как в объективной, так и в субъективной теории, все строится на том, что лишь право приобретенное входит в состав имущества, и если отказ касается уже приобретенного права, то он может быть уничтожен, не приобретенного — не может. Между тем, как мы видели,

¹⁴⁹ Otto. Указ. соч. С. 30–31.

и еще не приобретенное право, а лишь по предположению принадлежащее лицу, входит в состав его имущества, и если лицо от него отказалось, то акт отказа может быть уничтожен. Наиболее характерным случаем такого отказа является отречение от наследства¹⁵⁰. Можно ли кредиторам опровергать акт отречения от наследства?¹⁵¹ На это отвечают обыкновенно, что решение этого вопроса зависит от норм данного положительного законодательства о праве наследования. Если он знает, подобно римскому праву, *sui heredes /вид наследников первой очереди по римскому праву, которые входили в состав его семьи и считались вступившими в наследство после смерти наследодателя в силу закона/*, то в этих случаях отречение может быть опровергаемо. Если не знает, а также и в других случаях, вопрос разрешается и мотивируется различно, смотря по взгляду данного исследователя на уничтожение вообще отказов от приобретения. Но мы видели, что основная их идея о приобретенных правах, только и образующих имущество лица, безусловно, не верна, а потому, оставляя совершенно в стороне вопрос о приобретении права на наследство, спросим: когда право на наследство почитается принадлежащим данному лицу? Оно почитается принадлежащим наследнику, во-первых, когда имеется имущество, оставшееся после смерти прежнего его

¹⁵⁰ См. Гольмстен А.Х. Отречение от наследства в ущерб кредиторам // Юридическая Летопись. — 1891. — № 5. — С. 344–346.

¹⁵¹ Австрийский закон от 16 марта 1884 года это право допускает (§ 30. II и I) по соображениям справедливости и целесообразности. См. Kaserer. Указ. соч. С. 62.

обладателя; во-вторых, когда наследник связан с наследодателем родством, дающим право на наследство или имеется духовное завещание в его пользу, и, в-третьих, когда имеется открытое, явное заявление наследника, что он принял наследство или им совершены конклюдентные действия, из коих видно желание его принять наследство, или же нет данных, из которых можно заключить, что наследник не желает принять наследство. При наличии первых двух форм выражения воли мы говорим о действительной, несомненной принадлежности права на наследство данному лицу, в случае же отсутствия нежелания принять наследство — о принадлежности предполагаемой, до доказательства противного, то есть отречения.

Против этого могут возразить, что это предполагаемое право на наследство и есть право приобретенное, так что незачем было оставлять в стороне вопрос о приобретении, — он при таком построении именно и имеет значение. На это позволим себе заметить, что такое принадлежащее должнику право не есть еще право приобретенное. Для приобретения права необходимо активное выражение воли о принятии наследства. Право на наследство, от которого лицо не отказалось, еще не приобретено им. Если бы никакого различия между отсутствием отказа и приобретением не было бы, то принятие наследства тоже не имело бы никакого значения. Наследство, еще не принятое, можно было бы отождествить с принятым, а между тем различие между ними громадное. Отречься можно лишь от наследства, еще не принятого, а от принятого безусловно нельзя. Отрече-

ние от принятого наследства — это не отречение от наследства, а отказ собственника от своих прав, которые уже перестали быть унаследованными. Точно так же, если наследство принято, то исках, предъявляемых к наследнику, *onus probandi* /бремя доказывания/ относительно принадлежности права на наследство лежит на истце, а пока оно не принято, — на ответчике, и т.д. Отсутствие отказа от права только дает основание предположению, что право принадлежит данному лицу. Это вероятное заключение, основанное на жизненном опыте: в большинстве случаев так и бывает, то есть, что предполагаемый наследник принял и тем приобрел наследство. В меньшинстве же случаев окажется, что наследник отрекся. Если это обнаружится, то предположение рушится и право признается не принадлежащим ему. Здесь мы встречаемся с таким же явлением, как в учении о защите владения. Владение защищается в предположении права собственности. В подавляющем большинстве случаев это предположение оправдывается, но иногда защитой воспользуется вор и грабитель. Но такие случаи будут всегда в меньшинстве¹⁵², и если окажется, что защитой воспользовался вор или грабитель, то предположение рушится и он лишается владения. Вот в силу каких соображений мы не отождествляем приобретения права на наследство с предполагаемой принадлежностью его данному лицу. Но как бы то ни было, если до принятия наследства право на него предполагается принадлежащим наследнику, то оно входит в его

¹⁵² Ihering. Ueber der Grund des Besitzschutzes. S. 130 и след.

patrimonium /здесь — имущество/ до доказатель-
ства противного.

Ввиду этого, нельзя не сделать несколько заме-
чаний по поводу той «законченной приобретенно-
сти», о которой говорят Менцель и Козак и кото-
рая, по их мнению, заключается в преемственности
права, то есть в том, что оно может переходить
по наследству и быть отчуждаемым. Неправиль-
ность их взгляда сказывается именно в вопросе
об отречении. Возможность трансмиссии и прода-
жи наследства не указывает на то, что право на от-
крывшееся наследство есть право приобретенное.
Что касается трансмиссии, то есть перехода пра-
ва на открывшееся наследство после смерти лица,
не успевшего его принять, то применяется она
и к предполагаемому праву на наследство, ибо пра-
во это основано не на предполагаемом принятии
наследства, — что было бы ничем не вызываемой
фикцией, — а на отсутствии данных, из коих мож-
но бы было заключить, что умерший при жизни
отрекся от права. Почему он не отрекся, — потому
ли, что не желал или что не мог, не успел от него от-
речься, — это совершенно безразлично. Нет факта,
разрушающего предположение о принадлежности
права данному лицу, и предположение это остается
в силе. Стоит же этому факту, то есть отречению,
обнаружиться, и предположение падает, а с тем
вместе становится невозможной трансмиссия. От-
носительно же возможности продажи права на от-
крывшееся наследство надо заметить, что его даже
не стоит примерять с идеей предполагаемого права.
Из того, что право на наследство, еще не принятое,
можно продавать, нельзя выводить, что оно приоб-

ретено, потому что до продажи оно является лишь предполагаемым и становится приобретенным лишь в момент продажи. В соглашении о продаже наследства выражается принятие наследства, обращение его в приобретенное право и отчуждение его как такового.

Ввиду изложенных соображений, отречение от наследства является актом, который направляется на *deminutio patrimonii* /уменьшение имущества/, — актом, могущим вредить кредиторам лица отрекшегося. В силу этого он признается недействительным и как таковой не может разрушить предположения о принадлежности имущества данному лицу. В пользу этого лица открылось наследство: в его лице возникло предполагаемое право. Оно отреклось от наследства, разрушило до поры до времени это предположение. Кредиторы уничтожают акт отречения; прежнее предположение снова вступает в силу. Право снова предполагается в лице наследника и почитается входящим в состав его имущества¹⁵³.

Другой характерный случай — отказ от дара. Можно ли имущество, подаренное, но еще не принятое одаренным, считать принадлежащим к составу его имущества, и, следовательно, допустить опровержение отказа от дара? Вопрос этот решается доктриной так, как на то неизбежно указывают принятые той или другой теорией воззрения на от-

¹⁵³ Отказ от наследства не упоминается в действующем Законе о банкротстве в качестве специального объекта оспаривания, но судебная практика признает это вполне допустимым; логику такого признания см., например, в Определениях Верховного Суда РФ № 305-ЭС18-13167 от 14 сентября 2018 г., № 305-ЭС18-10716 от 7 августа 2018 г. и т.д. (*Прим. редактора*)

каз от увеличения имущества. Так поступаем и мы. И тут отсутствие такого рода действий со стороны одаренного, из которых видно было бы нежелание получить дар, указывает на то, что подаренное имущество почитается принадлежащим одаренному до доказательства противного. Для установления дарения вовсе не требуется согласия одаренного, требуется лишь отсутствие несогласия. Следовательно, раз дарение сделано, подаренное имущество числится в составе имущества одаренного, и отказ от дара является уменьшением имущества, а, следовательно, может подлежать опровержению со стороны кредиторов. Если подобный вывод относительно отречения от наследства представлял некоторые затруднения, то таковых не имеется относительно отказа от дара. Такой взгляд на них находит себе поддержку у римских юристов и у их великого истолкователя Савиньи¹⁵⁴. Так, Ульпиан говорит: *non potest liberalitas nolenti acquiri /не может дарение без воли приобретаться/*¹⁵⁵, а Павел — *invite beneficium non datur /непрошенное благодеяние не дается/*¹⁵⁶. Буквальный смысл этих выражений тот, что дарение не имеет силы против воли одаряемого, а не тот, что дарение имеет силу лишь по воле одаряемого. Пока, следовательно, одаренный, как выражается наш X том¹⁵⁷, «не отрется» от дара, он считается облада-

¹⁵⁴ Savigny. System des heutigen römischen Rechts. B.VI. § 16.

¹⁵⁵ L. 19. § 2. D. de donat. 39.5.

¹⁵⁶ L. 69. D reg. jur. 50. 17.

¹⁵⁷ Имеется в виду X том Свода законов Российской империи, содержащий нормы гражданского права. (Прим. редактора)

телем его. Если он отречется *in fraudem creditorum*, то это отречение может подлежать уничтожению, и подаренное останется в составе имущества одаренного. Оно может быть отобрано у того лица, в руках которого находится. Таким лицом может быть, прежде всего, сам даритель. Дарение как акт отчуждения восстанавливается в своей силе, и даритель должен выдать имущество для возвращения его в число объектов взыскания¹⁵⁸.

Наконец, нельзя не сказать несколько слов об отказе от условных прав. Можно ли эти отказы признавать отказами от приобретения права или это отказы от приобретенных прав? Необходимость разрешения вопроса во втором смысле не может подлежать сомнению¹⁵⁹. Условное право входит в состав имущества лица¹⁶⁰. Относительно права резолютивно условного */под отменительным условием/* в этом и сомнения быть не может, что же касается суспензивного */под отлагательным усло-*

¹⁵⁸ Логика оспаривания отказов от договора дарения не кажется безупречной. Ведь в основе дарения лежит *animus donandi* /намерение одарить/, т.е., в конечном итоге, «сделать приятное» лично одаряемому, а не его кредиторам. Может возникнуть ситуация, когда даритель не знает, что имущественное положение одаряемого таково, что не позволит ему сохранить вещь, которая пойдет на удовлетворение требований кредиторов в банкротстве, а одаряемый сознает это и потому отказывается от дара. Тогда признание недействительным отказа одаряемого приведет к тому, что вещь будет истребована у дарителя, и он будет вынужден распорядиться ей совсем не так, как хотел бы (в отношении кредиторов у него нет *animus donandi*). (Прим. редактора)

¹⁵⁹ Hartmann. Указ. соч. С. 44.

¹⁶⁰ Windscheid. Указ. соч. § 89.

вием/, то и оно отнюдь не может считаться будущим правом. Оно отправляет все функции права, за исключением осуществления. Кредитор может уничтожить акт, коим лицо отказывается от такого права, хотя, конечно, на практике подобного рода случаи должны быть редки. Кредитор, уничтожив акт об условно-сuspензивном праве, вынужден будет ждать, пока условие осуществится. Мало того, ему угрожает и неосуществление условия, — что ему тогда делать?.. И этого мало, часто условие является в форме потестативной /*t.e. наступление условия зависит от воли стороны сделки*/, и сам должник решает судьбу права. С теоретической же стороны нет препятствий к тому, чтобы и кредитор, буде желает, опроверг акт, коим должник отказывается от условного права.

В) *Различие актов положительных и отрицательных* в занимающем нас вопросе имеет важное значение. На первых нечего останавливаться. Спрашивается, могут ли отрицательные акты, то есть упущения или бездействия, быть опровергаемы кредиторами, в ущерб коим они совершены? Вопрос этот чрезвычайно спорен в литературе. Обращаясь к рассмотрению выставленных учеными теорий, мы не станем останавливаться на тех, которые смотрят на вопрос, как *questio facti* /*вопрос факта*/ и предоставляют в каждом отдельном случае судье решить вопрос, подлежит ли данное отрицательное действие уничтожению¹⁶¹. Таким разрешением спорного вопроса наука дает себе *testimonium paupertatis* /

¹⁶¹ Hartmann. Указ. соч. С. 41, Kranichfeld. Указ. соч. С. 12, п. 3а.

букв. «свидетельство о бедности», т.е., признание слабости/. Надо же дать и судье известную норму для разрешения спора¹⁶². Что касается ученых, дающих то или другое разрешение вопроса, то одни дают положительный, другие — отрицательный ответ. Остановимся сначала на последних. Не может не показаться странным, что отрицательный ответ дают и мотивы как к германскому, так и к австрийскому закону об оспаривании кредитором актов, совершенных должником. Поддержку же в доктрине такое воззрение не имеет. Только два-три имени можно отнести к числу сторонников этого воззрения. Так, Корн¹⁶³ исходит из той мысли, что слово «действие» всегда означает положительную, активную деятельность лица. Бездеятельность же, бездействие, никогда не может быть отождествляемо с действием. Опровергаемо и уничтожаемо может быть только действие, ибо с уничтожением бездействия, то есть с устранением его юридических последствий, не могут наступить положительные последствия. Благодаря этому лишь открывается возможность действовать положительно. Потому-то, если кредиторами предоставить право опровергать отрицательные акты, то следует им же предоставить и совершение данного, несовершенного должником, положительного действия. Против этого Гартман¹⁶⁴ справедливо возражает, что, *во-первых*, всякое действие в юридическом смысле есть проявление воли, которое может выразиться ввне или активно, или

¹⁶² Jaeckel. Указ. соч. С. 49.

¹⁶³ Korn. Указ. соч. С. 72–84.

¹⁶⁴ Hartmann. Указ. соч. С. 39.

пассивно, например, не предъявление иска есть пассивное, отрицательное выражение воли, имеющее определенные юридические последствия. Во-вторых, эти последствия чисто положительного свойства, — неосуществление права в течение давностного срока влечет за собой прекращение его и т.д. С устранением этих последствий не только лишь открывается возможность совершения положительного действия, а наступают вполне положительные результаты. Если право требования не будет признано погашенным давностью, то оно продолжает существовать, и тем устраняются препятствия, обнаружившиеся при взыскании. Прибавлять к этим возражениям Гартмана нечего, тем более что сам Корн, в сущности, допускает из выставленного им правила ряд исключений, что решительно непонятно ввиду принципиального характера данного им общего правила. Если бездействие не есть действие, то, ни в каком случае, даже по исключению, им быть не может. Исключениями этими Корн признает те случаи, когда закон придает бездействию значение, одинаковое с действием. Если бездействие, по существу, нельзя смешивать с действием, то и закон бессилён это сделать, а если он это делает, в чем сомнений быть не может, то и действие нельзя так резко отличать от бездействия. От отрицательных действий Корн также различает случаи пассивного участия должника в известных событиях. Сюда относятся:

— конклюдентные действия, которые как положительные действия являются формой такого участия¹⁶⁵;

¹⁶⁵ Fuchs. Deutsch. Konkursprocess. S. 45.

— случаи, когда применяется положение *qui tacit consentire videtur quum loqui potuit ac debuit* /кто молчит, тот рассматривается, как согласившийся/¹⁶⁶.

Самая характеристика этих случаев как пассивное участие в событии указывает, что они — суть отрицательные действия, и, следовательно, если к ним причислять конклюдентные действия, то уже никак нельзя назвать их действиями положительными. Случаи пассивного участия — суть всегда отрицательные действия, а конклюдентные действия могут быть положительные и отрицательные. Что же касается случаев применения положения *qui tacit consentire videtur*, то молчание, конечно, есть пассивное участие и непременно отрицательное действие. Ввиду этого и указанные случаи не суть исключения из правила, по существу, не допускающего исключений. Идея разграничения их от отрицательных действий никаких последствий не имеет. К приверженцам Корна надо отнести Фельдерндорфа. И он допускает из общего правила исключение в форме пассивного участия в событии (*Geschehenlassgen*), но не безусловно, а дает еще более дробное деление. А именно, он различает случаи большей продолжительности пассивного участия от случаев меньшей продолжительности. Если пассивное участие продолжалось долго, оно как акт не подлежит уничтожению, в противном же случае, то есть, когда оно выразилось в единичном пассивном поведении, — подлежит. Сам Фельдерндорф в цитированном сочинении сознается, что никем

¹⁶⁶ Otto. Указ. соч. С. 39.

это деление не принято, и ученым миром признано ненаучным, хотя в судебной практике оно с удобством применяется. Однако представители науки, несомненно, были правы, и новый аргумент Фельдерндорфа, конечно, никого не в состоянии убедить. Он говорит, что при продолжительности срока пассивного участия неизвестно, какую часть его он не должен был пропускать и какой срок, следовательно, посредством оспаривания, должен быть восстановлен. Этот аргумент нетрудно устранить, если иметь в виду, что в случаях, когда срок определен известным периодом времени, решающее значение имеет конечный момент периода. Если пропущен этот момент, то уже неуместно спрашивать, какую часть периода не следовало пропускать. Если пропущен конечный момент, то истекшим считается весь период, и весь он должен быть уничтожен. Вот почему Иекель¹⁶⁷ совершенно прав, говоря, что непонятно, почему большей или меньшей продолжительности пассивного участия надо придавать особое значение для оспариваемости, прибавляя: где же граница, предел, с которого оспариваемое упущение становится неоспариваемым?

Что касается положительной теории, то крайними представителями ее являются Иекель и Козак¹⁶⁸. И тот, и другой признают, что если допускается, при наличии известных условий, опровержение действий должника, то всякого рода отрицательные действия, если они удовлетворяют данным условиям, могут быть опровергаемы. Но оба ученых

¹⁶⁷ Jaeckel. Указ. соч. С.48–50.

¹⁶⁸ Cosack. Указ. соч. С. 49–50.

как будто бы ставят известные и ограничительные условия. Иекель требует, чтобы путем данного отрицательного действия известная часть была выделена из состава имущества должника, а Козак, — чтобы действие было намеренное и сознательное. Но эти требования представляются ограничительными лишь с первого взгляда. Если требуется, чтобы действие удовлетворяло условиям его опровержимости, то этим уже указывается на то, что действие это должно быть направлено на уменьшение имущества и быть намеренным и сознательным. Если нет этих объективных критериев, то будь действие даже положительным, опровергнуто оно быть не может. Но, независимо от этих мнимых ограничений, крайний взгляд Иекеля и Козака не может быть принят потому, что он захватывает слишком широкий круг отрицательных действий. Слишком мало, чтобы данное отрицательное действие умаляло имущество должника. Необходимо еще, чтобы с уничтожением его имущество само собой возвращалось в число объектов взыскания.

Ближе к истине мнения не столь крайних представителей этого направления, Отто¹⁶⁹ и Менцеля¹⁷⁰. Отто допускает опровержение лишь тех актов, которые заключаются в несовершении действий, направленных на сохранение за лицом принадлежащего ему права. Несовращение этих действий влечет за собой потерю права. Оно входит в состав фактов, вызывающих это изменение, то есть умень-

¹⁶⁹ Otto. Указ. соч. С. 38–41.

¹⁷⁰ Menzel. Указ. соч. С. 70–72.

шение имущества лица. Наряду с другими фактами, оно является *conditio sine qua non* /букв., условием, без которого нет, то есть неизменным условием/ этого уменьшения. Эта характеристика сама по себе безусловно, верная, недостаточно полна. Но Менцель делает к ней еще весьма существенное дополнение. Если, ввиду этого добавления, формулировать общий характер отрицательных действий, подлежащих опровержению, то характеристика получится совершенно правильная. Он говорит, что кредиторам не дается права совершить данное, не совершенное должником действие за него. Третье лицо лишь обязано выдать имущество, полученное ввиду совершения должником данного отрицательного действия, для обращения на него взыскания¹⁷¹.

Мы склоняемся в пользу теории Отто и Менцеля, формулируя ее следующим образом. В принципе, отрицательные акты как выражение воли, направленной на изменение правоотношения, совершенные должником в ущерб кредитору, если они удовлетворяют объективным и субъективным условиям опровержения, могут быть опровергаемы кредитором. Должно быть лишь установлено одно специальное ограничение: отрицательный акт должен выражаться в несовершении действия, необходимого для сохранения за собой данного права. Раз действие это в течение определенного срока не совершено, то совершение его невозможно. Отрицательный образ действия лица является для него обстоятельством, разрушающим его пра-

¹⁷¹ Menzel. Указ. соч. С. 78.

во или уменьшающим его имущество. Если заключительный момент установленного бездействия завершился *cum animo fraudandi*, то для кредитора открывается возможность опровергнуть этот акт, или, точнее: этим актом бездействия должника кредитор открывается возможность требовать, чтобы срок бездействия, оказавшийся истекшим и разрушивший право должника, был удлинён, — чтобы создано было такое положение вещей, при котором заключительный момент периода бездействия как будто бы не наступал. Должнику открывается возможность далее бездействовать, и право его продолжает числиться за ним, входит в состав его имущества и подлежит возвращению в число объектов взыскания. Это уничтожение отрицательного акта отнюдь не следует себе представлять как открытие для должника возможности совершить действие, им ранее не совершенное, или как открытие возможности для кредитора совершить это действие. Первое допустить невозможно потому, что опровержение не есть восстановление прав должника, а лишь предварительное, приуготовительное средство взыскания. Имущество не переходит вследствие опровержения акта к должнику, а поступает в число объектов взыскания. Второе же недопустимо потому, что кредитор — не представитель должника, не осуществитель его прав, а, с другой стороны, к нему никаких прав на имущество должника не переходит. Словом, бездействие должника парализуется в том смысле, что не наступают нормальные последствия его, как бы потерянное право продолжает существовать. Ввиду этого мы можем сказать, что такие отрицательные

акты, совершенные должником, подлежат опровержению со стороны кредитора, по уничтожении коих имущество, перешедшее благодаря их совершению к третьему лицу, само собой, без необходимости совершения положительного действия, возвращается в число объектов взыскания. На самые характерные случаи этих отрицательных действий, имеющих значение и в настоящее время, указали римские юристы, — это случаи погасительной и приобретательной давности. Кредитор *animus fraudandi* пропустил срок исковой давности; собственник не требовал имущества обратно у владельца, владеец *praedii dominantis /господствующего участка/* не осуществил права на сервитут в *praedium serviens /служащего участка/*. Кредиторы этих лиц, то есть кредитора по погашенному давностью обязательству, собственника имущества, обладателя права на сервитут, — могут опровергать эти отрицательные действия, указывая на то, что имеются в наличии субъективные и объективные условия опровержения, и требуя уничтожения юридических последствий бездействия должника, то есть, чтобы давность продолжала течь. Далее этого интересы кредиторов не идут. Им вовсе не надо ни предъявлять иска, не предъявленного собственником, ни осуществлять сервитута. Для них лишь важно, чтобы обязательство, право собственности и право на сервитут продолжали существовать как непогашенные давностью, дабы их можно было обратить в объекты взыскания. Но, кроме этих случаев, могут быть и другие, например, когда данное право ограничено преклюзивным сроком и т.п.

Г) *Акты, направленные на установление или прекращение вещных прав, и акты, направленные на установление или прекращение обязательственных прав.* Уменьшение имущества должника может произойти или вследствие установления вещных прав в форме вещных ограничений, или вследствие прекращения вещных прав в форме одностороннего или двустороннего отчуждения этих прав. Точно так же и в области обязательственных прав — акт может быть направлен на установление в пользу третьего лица данного права или на прекращение обязательственного права в лице кредитора или в лице должника.

Рассмотрим главнейшие из этих случаев в отдельности. Сперва рассмотрим установление и прекращение вещных прав.

Установление должником права залога по ранее возникшему обязательству¹⁷². Вопрос о возможности опровержения кредитором акта, коим должник установил право залога в своем имуществе, большинство ученых решают в положитель-

¹⁷² Эта тема до сих пор сохраняет актуальность; в п. 1 ст. 61.3 Закона о банкротстве к подлежащим оспариванию сделкам отнесены те сделки, которые направлены на обеспечение исполнения обязательства должника или третьего лица перед отдельным кредитором, возникшего до совершения оспариваемой сделки. На возможность оспаривания договоров залога прямо указал ВАС РФ в п. 12 Постановления Пленума № 63 от 23 декабря 2010 г.: в качестве подлежащих оспариванию в банкротстве сделок /с предпочтением/ могут рассматриваться, в частности, сделки по установлению залога по ранее возникшим требованиям. (Прим. редактора)

ном смысле¹⁷³. Что касается оснований такого решения, то они заключаются в том, что такое право залога уменьшает имущество должника, хотя, как замечает Отто, не абсолютно, а так же, как при сделке с эквивалентом, вполне соответствующим стоимости имущества. Как тут равноценность имущества и эквивалента, так и при залоге равенство стоимости имущества, в котором установлено право залога, и стоимости действия, заключающегося *in obligatione /в обязательстве/*, не обуславливает собой невозможности опровержения, хотя и исполнение обязательства, и получение удовлетворения из продажи заложенной вещи приводят к одной и той же цели, но разными путями. Второй путь — окольный, связанный непременно с обременением имущества в ущерб кредиторам¹⁷⁴. Обременением этим уменьшается имущество должника, но, так сказать, не субстанциально, а со стороны стоимости его. Как объект взыскания оно уже не может быть реализовано в той сумме, как раньше, до установления права залога. Это вполне понятно, если иметь в виду существо права залога как права на стоимость имущества, — при существовании этого права неизбежно умаляется стоимость заложенного имущества, конечно, не сама по себе, а с точки зрения кредиторов собственника. Отсутствие при залоге субстанциального уменьшения имущества, то есть такого, что из имущества отдельные вещи

¹⁷³ В отрицательном смысле высказываются Козак (Указ. соч. С. 117) и Цюрхер (Указ.соч. С. 18). Их замечания мы изложим в связи с положительными теориями.

¹⁷⁴ Jaeckel. Указ. соч. С. 63.

выделяются, заставляет некоторых ученых не только признать, что тут нет уменьшения имущества вообще, а есть лишь неправильное распределение имущества между кредиторами, предпочтение одного перед другим, но даже отрицать наличие какого-либо вреда, убытка для кредиторов вообще. Козак¹⁷⁵, высказывающий это последнее мнение, прямо отрицает возможность уничтожения залога в виду его неубыточности для кредиторов. Из представителей первого мнения, Газенбалг¹⁷⁶ и Цюрихер¹⁷⁷, все-таки допускают возможность убытка для кредиторов, несмотря на то, что путем залога не уменьшается. А лишь иначе распределяется имущество должника. Коренная ошибка всех этих ученых в том и состоит, что одни из них (Козак) требуют, чтобы акт был убыточен для всей совокупности кредиторов должника. Если он хотя бы для одного из них не убыточен или выгоден, то опровергать его нельзя. Это положение едва ли стоит того, чтобы на нем останавливаться; совершенно непонятно, почему из-за того, что акт неубыточен одному из восьми кредиторов, а семи убыточен, он не может быть опровергнут. Ошибка других ученых та, что они понимают уменьшение имущества в конкретном смысле, — ведь всякое ограничение права на имущество есть уменьшение его. Если ввиду залога, лежащего на имуществе, его можно продать не за полную сумму, а за сумму, равную разности первой и суммы залога, то, конечно, с точки зрения

¹⁷⁵ Cosack. Указ. соч. С. 117.

¹⁷⁶ Hasenbalg. Указ. соч. С. 17.

¹⁷⁷ Zürcher. Указ. соч. С. 17–18.

лица, заинтересованного в получении этой суммы, имущество уменьшилось. Увеличилось ли соответственно и имущество кредитора-залогодержателя? Из всех упомянутых ученых только Кранихфельд¹⁷⁸ прямо, хотя и мимоходом, отрицает при залоге это увеличение. С этим нельзя согласиться, ибо присоединение к составу имущества лица права залога дает основание признавать имущество увеличенным. У лица имеется двойное право, вернее, два права, находящихся в альтернативном соотношении, — право на сумму *in obligatione* и право на сумму, вырученную от продажи заложенного имущества. Сравнительно с правом, не обеспеченным залогом, такое право прочнее. Оно имеет и большую цену в гражданском обороте, например, при цессии.

Господствующее мнение, сказали мы, за возможность опровержения залога. Помимо изложенных соображений, некоторые ученые, именно, Фельдерндорф¹⁷⁹ и Гартман¹⁸⁰, прибавляют и то, что право залога есть «эвентуальное отчуждение», то есть отчуждение на случай неисполнения обязательства. Отчуждение же всегда предполагает уменьшение имущества лица отчуждающего. Что же касается соответствующего увеличения имущества в лице залогодержателя, то оно, несомненно, имеет место. Но оно, если можно так выразиться, еще более эвентуально, — имея в виду тот случай, когда имущество остается за залогодер-

¹⁷⁸ Kranichfeld. Указ. соч. С. 29.

¹⁷⁹ Völderndorff. Указ. соч. С. 51.

¹⁸⁰ Hartmann. Указ. соч. С. 93.

жателем. Но, как мы видели выше, и, независимо от этого соображения, увеличение имущества имеется с другой точки зрения. Допуская возможность опровержения залога, ученые, однако, расходятся в том, какое значение имеет знание третьим лицом, залогодержателем, того, что должник действует *in fraudem creditorum*. Вопрос этот, по справедливому замечанию Шенемана¹⁸¹, так запутывается, что часто не разберешь, — требуется ли в каждом отдельном случае доказательства *conscientia fraudis* или она разумеется сама собой. Последнее мнение поддерживается теми, кто смотрит на установление залога как на безвозмездную сделку. Нельзя не склониться в пользу этого мнения: кредитор приобретает без возмездия новое право на имущество должника, и если, как увидим, при безвозмездных сделках *conscientia fraudis* предполагается сама собой, то это должно иметь место и в данном случае. Сказать, как это делает Кранихфельд¹⁸², что в этом случае нет дарения, ибо недостает необходимого его реквизита — дачи и получения, — нельзя. Понятие безвозмездной сделки шире понятия дарения, и никто не станет утверждать, что установление права залога есть дарение. Раз одно лицо предоставляет другому известное право и ничего за это не получает, то сделка, в силу которой право это перешло, будет безвозмездной. Иное дело, как на это указал Газенбальг¹⁸³, — и это совершенное исключение, — если залог установлен

¹⁸¹ Schönemann. Указ. соч. С. 29.

¹⁸² Kranichfeld. Указ. соч. С. 29.

¹⁸³ Hasenbalg. Указ. соч. С. 32.

в пользу одного из кредиторов возмездно. Тогда, конечно, в силу возмездности сделки необходимо доказать *animus fraudandi* на стороне залогодержателя. Но во всяком случае сделка об установлении залога почитается безвозмездной, если не будет доказано противное. С другой стороны, как замечает Шенеман¹⁸⁴, далеко не во всех случаях безвозмездных сделок *conscientia fraudis* может быть предполагаема. Например, если по закону кредитор имеет право требовать установления залогового права, то тут предположение будет совершенно неосновательно: *qui suo jure utitur, neminem laedit /кто пользуется собственным правом, никого не обижает/*. Установление залога тут не будет случайным обогащением, а лишь осуществлением права. Тут *mala fides* залогодержателя должна быть доказана. Другой критерий выставляет Дербург¹⁸⁵ для решения этого вопроса: в его глазах имеет решающее значение то, кому принадлежит инициатива в установлении права залога — должнику или кредитору. В первом случае, *conscientia fraudis* предполагается, во втором, — должна быть доказана. Такой критерий очень шаток. Как быть, когда не дознаться, кто был инициатором? Наконец, и инициатива сама по себе ничего не означает. Если ввести этот критерий в законодательство, то обнаружится его несостоятельность. Смышленный должник сумеет

¹⁸⁴ Schönemann. Указ. соч. С. 31.

¹⁸⁵ Dernburg. Указ. соч. С. 200. Мы здесь говорим лишь об установлении залога по требованию, срок коего не наступил. Если срок наступил и залог установлен возмездно, то самый факт установления его указывает, очевидно, на *conscientia fraudis*.

укрыться и выставить инициатором залогодержателя, да и соглашение между ними может состояться в этом смысле. Что касается господствующего мнения по вопросу о значении *conscientia fraudis*, то оно заключается в том, что акт установления залога подлежит опровержению при наличии всех условий последнего, безразлично к возмездности или безвозмездности в данном конкретном случае. Такое решение вопроса не может быть признано правильным потому, что приводит к результату, противному принципам современного права оспаривания. Раз лицо приобрело безвозмездную выгоду, кредитору должна быть путем предположения *conscientiae fraudis* облегчена возможность уничтожения акта. Делать в этом случае различие между формами выгоды нет основания. Будет ли она состоять в предоставлении вещи или лишь права на чужую вещь, это совершенно безразлично. Облегчая процедуру доказывания в первом случае, нет основания не допускать этого во втором. Наконец, нельзя же, как и поступают представители господствующего мнения, успокоиться на одном голословном заявлении, что акт установления залога по существу не есть безвозмездный акт, и приводить крайне искусственные аргументы в пользу возмездности его. Так, Гартман, как мы уже упоминали, видит в установлении залога эвентуальный способ отчуждения¹⁸⁶. Хотя, конечно, в установлении залога и выражается эвентуальное отчуждение, но именно в силу его эвентуальности нельзя самому акту его установления придавать значение

¹⁸⁶ Hartmann. Указ. соч. С. 95.

возмездной сделки. Залогодержатель не имел намерения приобрести вещь за сумму, отданную займы и обеспеченную залогом, — он желал лишь установления права в чужой вещи. А субъективная сторона и играет решающую роль в вопросе о том, возмездна или безвозмездна сделка. Менцель¹⁸⁷ дает не менее искусственное объяснение возмездности залога, признавая его эквивалентом избежание уплаты судебных издержек и получение исполнительных актов, а также уверенность в том, что кредит не будет подорван. Он, очевидно, смешал удобство с правом на эквивалент в юридическом смысле. При таком взгляде и дарение окажется возмездным актом, — даритель покупает себе вечную благодарность одаренного, избавляется от необходимости управлять имением, переданным в дар, и т.п.

Установление должником сервитута в своем имуществе. Останавливаться на этом случае едва ли необходимо, скажем лишь, что сервитут, обременяя имение, уменьшает его стоимость, ввиду чего наступает уменьшение имущества должника как объекта взыскания. Равномерно с этим увеличивается имущество третьего лица приобретением прав на сервитут. Вопрос о том, установлен ли сервитут возмездно или безвозмездно, имеет для внутренней стороны акта общее значение.

Прекращение вещных прав. Односторонние отказы должника от своего имущества. Главнейшие из этих случаев мы уже рассмотрели выше в связи с другими положениями, а именно: отрече-

¹⁸⁷ Menzel. Указ. соч. С. 126, пр. 9.

ние от наследства и дара, потеря права по давности и дереликция. **Отчуждение путем двустороннего акта**, то есть купли-продажи, конечно, может быть уничтожено посредством опровержения кредитором договора. Тут, как мы уже сказали выше, наличие полного эквивалента и получение его должником, если только эквивалент этот не находится еще в руках должника, не лишают кредитора права опровергать акт.

Установление и прекращение обязательственных прав в пользу третьего лица. Наичаще встречающийся, сюда относящийся случай — совершение арендных договоров по имению, заключаемых обыкновенно на продолжительное время и вконец обесценивающих имение. Ввиду этого, по справедливому замечанию Козака¹⁸⁸, при опровержении подобных актов, судейскому убеждению должен быть дан широкий простор, особенно относительно субъективных условий опровержения. При наличии этих условий договор подлежит уничтожению, хотя бы данным законодательством должнику до известного срока во время процесса взыскания совершать подобные договоры и было предоставлено. По наступлении же срока подобный договор подлежит, самой собой, уничтожению, хотя бы не было ни *animus fraudandi*, ни *conscientia fraudis*. До срока же акт может быть опровергаем лишь при наличии этих условий. К случаям установления обязательных прав в пользу третьего лица мы относим и цессию прав. Кредитор, очевидно, может опровергать акт цес-

¹⁸⁸ Cosack. Указ. соч. С. 117–118.

сии должником своих прав другому лицу¹⁸⁹, причем, конечно, условия этого опровержения различны, смотря по тому, было ли право уступлено возмездно или безвозмездно¹⁹⁰. Особый случай цессии будет рассмотрен ниже.

Прекращение обязательственных прав. Оно возможно или на стороне кредитора, или на стороне должника. К актам, коими прекращается обязательственное право кредитора данного должника, относятся:

а) *Уплата долга.* Здесь надо различать уплату долга должником одному из своих кредиторов до срока и по сроку¹⁹¹. Что касается первого случая, то одни ученые допускают, другие не допускают опровержение уплаты до срока. Боль-

¹⁸⁹ Kaserer. Указ. соч. С. 65, Korn. Указ. соч. С. 49.

¹⁹⁰ Kranichfeld. Указ. соч. С. 29.

¹⁹¹ Проблема оспаривания срочных и досрочных погашений должником задолженности полностью сохранила свою актуальность. В п.п.2 и 4 ст. 61.4 Закона о банкротстве прямо установлено, что платежи, совершаемые в рамках обычной хозяйственной деятельности или по графику погашения долга по кредитному договору, не могут быть оспорены, если размер таких платежей не превышает один процент от стоимости активов должника. Но делается важная оговорка, — принимающий исполнение кредитор не должен знать о наличии других обязательств, исполнение которых уже просрочил должник. Что же касается досрочного погашения, то оно уже не относится к обычной хозяйственной деятельности, если не обосновано «разумными экономическими причинами» (п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ № 63 от 23 декабря 2010 г.), то есть его можно оспаривать по общим основаниям и, как правило, успешно. Иными словами, однозначного решения проблемы до сих пор не найдено, применяется целый ряд оценочных критериев. (*Прим. редактора*)

шинство ученых, проводящих отрицательное мнение¹⁹², стоят на почве римского права, не ставившего в укор бдительному кредитору заботу его о получении хотя бы в ущерб другим кредиторам. Все они повторяют довод, приводимый Вангеровым¹⁹³: кредитор, получающий удовлетворение, хотя и до срока, лишь осуществляет свое право — *nihil dolo creditor facit qui suum recipit / кредитор, получающий свое, не совершает злоупотребления/*. Против этого Отто¹⁹⁴ справедливо возражает, что, во-первых, осуществление своего права при условиях, требуемых для опровержения акта, то есть при *animis fraudandi* и *conscientia fraudis* есть не что иное, как *petitio principii /предвосхищение основания, то есть использование недоказанных положений в качестве аргументов/*, а, во-вторых, тот аргумент, что *nihil dolo creditor facit qui suum recipit* можно привести и против любого акта, совершенного должником в ущерб кредитору. И на отчуждение имущества должник имеет право. Таким путем можно дойти до полного отрицания за кредитором права опровергать какие бы то ни было акты должника. Тут вопрос вовсе не в том, причитающееся или не причитающееся получает кредитор, а в том, что из имущества должника вышла вещь, при наличии условий опровержения, и перешла в обладание другого лица. С точки зрения этих ученых, при доставлении уплаты не только нет уменьшения имуще-

¹⁹² Cosack. Указ. соч. С. 114.

¹⁹³ Vangerow. Pandecten. Том 3. С. 697.

¹⁹⁴ Otto. Указ. соч. С. 66, 73.

ства должника, но и нет ущерба для кредиторов (об этом ниже). Но они допускают из общего правила лишь одно исключение, относительно так называемого *interusurium* /проценты за промежуточный период/: в пределах полученных процентов кредитор почитается обогатившимся в ущерб другим кредиторам, имущество его неправомерно увеличилось, должник же не оставил за собой того, что ему причиталось. Не нам, конечно, дабы быть последовательными, отрицать право кредиторов на возвращение этого *interusurium*'а в число объектов взыскания. Заметим лишь, что в этом случае и уменьшение имущества должника, и ущерб для кредиторов представляются лишь нагляднее, в более осязаемой форме. Вангеров и его последователи в своей отрицании опровержимости досрочных уплат доходя до той крайности, что признают — как бы очевидна ни была *mala fides* кредитора, получившего уплату, — опровержение невозможным. Они даже говорят, что эта *mala fides* немыслима при получении уплаты. Такому крайнему утверждению противоречат жизненные факты: такие досрочные уплаты встречаются сплошь и рядом. Кредитор, боясь объявления должника банкротом и получения копейки за рубль, требует от него уплаты до срока и тот соглашается. Тут и стимул достаточно сильный, и *mala fides* очевидна. Что касается представителей положительной теории, то они именно исходят из того положения, что досрочная уплата убыточна для остальных кредиторов, а потому при наличии субъективных условий опровержения может быть опровергнута. Представителями

этой теории являются Шенеман, Отто и Гартман¹⁹⁵. Все они сходятся в одном пункте: допускают опровержение досрочной уплаты ввиду убыточности, но при отсутствии уменьшения имущества на стороне должника. С этим последним положением нельзя согласиться. Если стать на ту точку зрения, что имущество должника в данном случае рассматривается как объект взыскания, как предмет права судебного залога, то, конечно, один факт выхода из обладания должника известной суммы денег и поступления ее не в число объектов взыскания является уменьшением имущества именно как объекта взыскания. Говорят: наступит срок, и эта сумма перейдет к кредитору. Мы на это отвечаем: не перейдет, если передача предполагается совершенной *mala fide*. Кредитор, имеющий право опровержения, устанавливает в свою пользу право судебного залога. Кредитор, не сделавший этого и получающий уплату из предметов этого залога, именно уменьшает общее количество этих предметов. В другом же пункте названные ученые несколько расходятся. Гартман допускает опровержение досрочной уплаты безусловно, раз имеются в наличии условия опровержения. Шенеман же и Отто, в сущности, приходят к тем же результатам, как и их противники, — возможность опровержения они ограничивают одним *interusurium*. Это, конечно, и неожиданно, и непоследовательно. Раз допускается возможность опровержения при наличии его условий, в установлении дальнейших

¹⁹⁵ Schönemann. Указ. соч. С. 23, Otto. Указ. соч. С. 72–77, Hartmann. Указ. соч. С. 88.

ограничений надобности нет. Оба названные ученые мотивируют эти ограничения тем, что, по мнению Отто, интерес остальных кредиторов не идет далее *interusurium*, а, по мнению Шенемана, *dolus* на стороне кредитора, получившего уплату, касается лишь того имущества, которое перешло к нему, невзирая на то, что он права на него не имеет. Первое соображение неправильно уже потому, что интерес кредитора, опровергающего акт тот, чтобы получить по возможности полное удовлетворение. Второе же не вяжется со своей предпосылкой. Если не соглашаться с Вангером и другими, что акты, коими кредитор осуществляет свои права, не могут быть опровергаемы, то допускать опровержение лишь в тех случаях, когда кредитор получает то, на что он вообще права не имеет, — непоследовательно. Ведь из этого может быть сделан вывод, что противники Вангерова тоже не допускают опровержения ввиду того, что кредитор получает то, что ему принадлежит по праву. Такая непоследовательность вконец подрывает положительную сторону соображений Шенемана.

Переходим к уплате долга кредитору по наступлении срока. Ученые, отрицающие возможность опровержения досрочной уплаты, последовательно отрицают и опровержимость уплаты срочной, из ученых же, в принципе допускающих опровержение досрочных уплат, Шенеман¹⁹⁶ прямо отрицает опровержимость уплат срочных, исходя из опровергаемого им в другом месте положения Вангерова. Вангер основывается на том, что кре-

¹⁹⁶ Schönemann. Указ. соч. С. 22.

дитор, получающий свое, не совершает злоупотребления, а Шенеман — на том, что осуществляющий свое право никому тем самым не вредит. Подумаешь, какая разница между этими исходными пунктами!.. Но если в защиту опровержимости досрочных уплат, как мы видели, приводится указание на убыток, причиненный кредиторам, то на это соображение с особенной силой ссылаются в доказательство опровержимости срочных уплат. Хотя некоторые ученые эту мысль облачают в несколько иную форму, а именно, говорят о недобросовестности кредитора, получившего уплату¹⁹⁷. Справедливо замечает Гартман¹⁹⁸, что в такой конструкции нет надобности: если кредитор, получающий уплату, знает, что, получая, участвует вместе с должником в причинении ущерба остальным кредиторам, а мы сказали бы, в изъятии известной суммы из числа объектов взыскания, то этого достаточно для признания возможности опровержения. И мы склоняемся в пользу опровержимости срочных уплат, но, конечно, при том условии, что суд в каждом отдельном случае должен быть убежден в наличии *animus fraudandi* должника и *conscientia fraudis* кредитора. Тут, где *suum recipit* /получает свое/ так решительно бьет в глаза, именно необходима полная доказанность этих обстоятельств.

б) Замена исполнения предоставлением другого предмета (*datio in solutum*). Если исполнение обязательства, даже в срок, а также установление залога, могут быть опровергаемы кредитором, то тем

¹⁹⁷ Hartzfeldt. Указ. соч. С. 514–515.

¹⁹⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 91.

более надо это допустить относительно замены исполнения. Последняя отличается от первого лишь по предмету, — вместо того, чтобы совершить данное действие, должник совершает другое. От второго же оно отличается только тем, что при залоге кредитор получает удовлетворение опосредованно, приобретая право продажи вещей, при замене же — непосредственно, приобретая право на субстанцию вещи¹⁹⁹. Если в этих случаях допускается опровержение, то, как мы сказали, тем более в случае замены, — тем более — потому, что тут весьма резко проявляется желание должника лишить других кредиторов удовлетворения²⁰⁰. Вышеуказанную аналогию, однако, допускают не все ученые. Двое из них, Шенеман и Иекель²⁰¹, отрицая возможность опровержения срочных уплат, допускают опровержение замены исполнения. Первый видит между уплатой и заменой платежа ту разницу, что, получая уплату, кредитор получает то, на что он имел право. При замене же он получает то, на что он права не имеет, — он получает вместо вещи деньги. Ввиду этого, если кредитор не может опровергать уплату, потому что, получив ее, он лишь *suum recipit*, то относительно замены этого сказать нельзя, — он получил то, на что права не имел, а, следовательно, получение может быть опровергнуто.

¹⁹⁹ Laspaŷyres. Ueber Anfechtung von Zahlungen etc. в Arch. f.d. civ. Praxis. Т. 21. С. 21. Эту же аналогию с залогом допускают Отто (Указ. соч. С. 78) и Козак (Указ. соч. С. 115), а со срочной уплатой — Reinhard (Указ. соч. С. 127).

²⁰⁰ Hartmann. Указ. соч. С. 93.

²⁰¹ Schönemann. Указ. соч. С. 25–28, Iaeckel. Указ. соч. С. 60–61.

Иекель замечает, что о кредиторе, получившем взамен уплаты другой предмет, нельзя сказать, что он *sibi vigilavit* /заботится о себе/, — он тут уже помогает должнику изъять известные вещи из числа объектов взыскания. Конечно, нас не может не радовать, что такие солидные ученые, как Шенеман и Иекель, высказываются в пользу опровержения замены исполнения, но мы должны сознаться, что аргументацией своей они оказали медвежью услугу положительной теории данного вопроса. Мы думаем, что, как при уплате, так и при замене исполнения, получающий получает то, на что он имеет право. При уплате это всякому очевидно, при замене исполнения это следует из соглашения сторон, самого по себе вполне правомерного, в силу которого *res succedit in locum pretii* /переходит вещь взамен цены/. В силу этого соглашения происходит и немедленно реализуется новация²⁰², по которой кредитор получает право на заменяющую уплату вещь. Точно так же и *vigilantia* /бдительность/ имеет место и в том, и в другом случае — по отношению к кредитору. И при получении уплаты, и при получении вещи можно сказать, что он не зевал и одинаково оправдал афоризм Сцеволы /*jus civile vigilantibus scriptum est, то есть «гражданское право написано для бдительных»*/. Но что же из этого следует? Имел ли кредитор право на получение, бодрствовал он или зевал, — это для решения вопроса о праве опровержения значения иметь не может. Будет ли предметом получения долга вещь или уплата — это совершенно безразлично. И Шенема-

²⁰² Hartzfeldt. Указ. соч. С. 509.

на, и Иекеля можно упрекнуть в непоследовательности, — им следовало отрицать опровержимость замены исполнения. Признав ее, они только еще раз доказали неправильность взгляда их на опровержение срочных уплат.

Наконец, замена исполнения может выразиться в виде цессии должником права по обязательству своему кредитору взамен исполнения. Нет никаких оснований не применять к этому случаю соображений, изложенных по поводу замены исполнения. Все особенности его сводятся к тому, что предметом, заменяющим исполнение, является не вещь, а обязательственное право²⁰³.

в) *Отказ должника от обязательственного права* в пользу своего должника. Мы выше уже говорили об этом случае и указали, в каком смысле тут понимается увеличение и уменьшение имущества.

г) *Зачет*. Едва ли надо останавливаться на том, что зачет требования должника к третьему лицу с требованием сего последнего подлежит опровержению²⁰⁴. Зачет — суррогат исполнения; акт, по силе коего совершается зачет, направлен на уничтожение права кредитора по отношению к должнику — права, которое могло бы быть объектом взыскания для других кредиторов, добившихся решения, обладающего исполнительной

²⁰³ Hartmann. Указ. соч. С. 94.

²⁰⁴ Соответствующее правило действует и сейчас: сделанное кредитором должника заявление о зачете признается сделкой, которая может быть оспорена в рамках дела о банкротстве (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ № 63 от 23 декабря 2010 г.). (Прим. редактора)

силой. На этом случае ученые даже не считают нужным останавливаться.

Прекращение обязательственного права на стороне должника имеет место тогда, когда третье лицо исполняет свое обязательство перед должником. Подлежит ли акт получения должником уплаты от своего должника опровержению со стороны кредиторов? На этот вопрос ученые дают странный, нерешительный ответ. Так, Козак²⁰⁵, выставив общее правило, что акт не может быть опровергнут в тех случаях, когда от третьего лица нельзя требовать, чтобы оно уклонилось от участия в совершении акта, применяет это правило к данному случаю. Уплата, полученная должником, неопровержима, потому что должник его, уплативший ему долг, не обязан был уклоняться от уплаты, а, напротив, обязан был уплатить. Между тем, Козак, в конце концов, допускает опровержение уплаты в том случае, когда между должником и его должником состоялось на этот счет особое соглашение. Ту же шаткость замечаем у других исследователей. Корн²⁰⁶ допускает, что в рассматриваемом акте могут иметься все условия его опровержимости, но тем не менее опровержение невозможно по следующим соображениям. По общему правилу, кому отказано законом в известном средстве защиты, тот не может отвечать за непользование этим средством. Применяя это правило к рассматриваемому случаю, можно сказать, что должник главного должника не может уклониться от плате-

²⁰⁵ Cosack. Указ. соч. С. 117.

²⁰⁶ Korn. Указ. соч. С. 151–152.

жа, ссылаясь на то, что первый имеет кредиторов, в ущерб коим была бы уплата, если бы была произведена. Если делать должника, уплатившего долг, ответственным за это, то надо ему дать возможность уклониться от уплаты, ссылаясь на то, что уплата эта вредит кредиторам его кредитора. Такое возражение, однако, он сделать не может, ибо это возражение *ex jure tertii /из права третьего лица/* и притом не могущее быть доказанным без привлечения кредиторов к процессу, привлечь же их третье лицо (должник должника) не может. По видимому, соображения Козака и Корна солидны, но при ближайшем рассмотрении они оказываются несостоятельными. В основании их соображений лежит одна и та же мысль о коллизии двух обязанностей в лице должника другого должника: обязанности произвести уплату и обязанности не участвовать в причинении ущерба кредитору своего кредитора. Оба названных ученых разрешают эту коллизию в пользу обязанности произвести уплату. Почему же коллизия разрешается в таком смысле? Только Корн дает ответ на этот вопрос, и ответ неудовлетворительный. Нам кажется, как справедливо замечает и Гарцфельд²⁰⁷, что возражение, о котором тут идет речь, не есть *exceptio ex jure tertii /исключение, эксцепция, основанное на праве третьего лица/*. Должник, уклоняющийся от уплаты, возражает, основываясь на своем праве уклоняться от участия в причинении ущерба кредиторам своего кредитора, а для того, чтобы обосновать свое возражение, ему достаточно сослаться на не-

²⁰⁷ Harzfeld. Указ. соч. С. 506–507.

достаточность имущества его кредитора. Ввиду грозящей ему опасности уплатить долг дважды он имеет полное основание указать суду на то, что истец не надлежащий, что иск может быть предъявлен лишь лицом, к которому в процессе взыскания перейдет право на требование его кредитора. Намеренный отказ от пользования этими средствами дает основание подвергнуть такого должника невыгодам вторичного взыскания.

Признавая возможность опровержения кредитором акта уплаты должнику долга его должником, мы, конечно, должны оговориться, что та сумма, которая была получена должником, не должна более находиться в составе его имущества. При этом условии мы можем сказать, что имущество должника уменьшилось, ибо известная часть его, находившаяся у третьего лица (сумма денег), более у него не находится. Право на получение ее прекратилось. Увеличилось и имущество третьего лица в юридическом смысле: в его составе нет обязательства, уменьшающего его актив.

Субъективная сторона акта. Мы уже неоднократно имели случай упоминать об *animus fraudandi*, о намерении должника причинить ущерб своим кредиторам²⁰⁸. Это-то намерение составляет субъективную сторону акта, совершенного должником. Для того, чтобы акт этот подлежал опровержению

²⁰⁸ В настоящее время этот признак настолько важен, что на его основании выделяется один из двух типов подозрительных сделок, а именно, сделки, совершенные в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов (п.2 ст. 61.2 Закона о банкротстве). (Прим. редактора)

по общему правилу, необходимо, чтобы он был совершен при наличии на стороне должника намерения причинить ущерб кредиторам. Что такое намерение причинить ущерб? Вопрос этот чрезвычайно спорен. Все высказанные на этот счет мнения можно свести к двум теориям: теория желания вреда, которая опять распадается на абсолютную и относительную, и теория сознания вреда. Остановимся сначала на первой из них.

Основное положение теории желания вреда то, что должник, совершая акт, должен иметь прямое желание причинить им вред кредиторам. Намерение должно заключаться в том, что путем осуществления задуманного им акта он лишит кредиторов возможности получить удовлетворение. Одни из сторонников этой теории стоят на вполне абсолютной почве, требуя, чтобы желание причинить ущерб кредиторам проявилось в своей крайней форме, то есть, чтобы причинение этого ущерба было целью совершения акта должником. Так, Иекель, Кранихфельд и другие²⁰⁹ понимают под намерением направление воли на определенную конечную цель. Должник для того, чтобы акт мог быть опровергнут, должен был действовать не только в сознании того, что он причиняет ущерб другим кредиторам, но и с желанием причинить им ущерб, другими словами: ущерб кредиторам — желанная цель должника, хотя, быть может, и не исключительная. Намерение должника должно быть направлено к тому, чтобы с помощью данного акта, опосредованно или

²⁰⁹ Iaeckel. Указ. соч. С. 67, 68, Kranichfeld. Указ. соч. С. 21, Dernburg. Указ. соч. С. 198.

непосредственно, причинить ущерб кредиторам. Такое понимание «намерения причинить ущерб» чрезвычайно удобно и в практическом, и в теоретическом смысле. Ни судье, ни ученым не придется затрудняться при разрешении массы вопросов. Вопросы эти разрешаются с совершенной легкостью и притом в большинстве случаев отрицательно. Например, вопрос о времени совершения акта сравнительно с временем возникновения требования кредиторов, вопрос об опровержении уплаты и т.п., но гражданскому обороту от этого нисколько не легче. При таком строгом и тесном понимании «намерения» случаи, когда акт может быть подвергнут уничтожению, окажутся очень малочисленными²¹⁰. Когда акт совершен должником в то время, когда у него еще не было кредиторов, о намерении его причинить ущерб в этом смысле не может быть и речи. Если должник уплачивает долг или получает уплату в срок, доказательство намерения в этом смысле обращается в *probatio diabolica* /букв., «дьявольское доказательство», здесь — *крайне затруднительный для доказывания предмет*/. Но, независимо от этого соображения, совершенно противно фактическому положению вещей, чтобы должник, совершивший акт в ущерб кредитору, ставил себе целью именно этот ущерб. В действительности, как говорит Шей²¹¹, очень редко окажется, чтобы

²¹⁰ Газенбальг (Указ. соч. С. 41) справедливо замечает, что случаи, когда можно будет доказать, что целью сделки было причинение ущерба кредиторам, окажутся ничтожными.

²¹¹ Schey. Zur Geschichte der actio Pauliana etc. в Zeibsch. für Rechtsgesch. Т. 13. С. 133.

должник из одной злобы к кредитору распродаст свое имущество. Отчуждает он его с той целью, чтобы самому воспользоваться выгодой. Это ближайшая его цель. Но достигнуть ее он может лишь путем причинения ущерба кредиторам, поэтому он *implicite /подразумеваемо/* решается на последнее. Менцель²¹² даже смотрит на причинение ущерба кредиторам, как на средство, при помощи которого достигаются различные цели, как то: собственная выгода, выгода близких людей и т.п. Корнитцер²¹³ идет еще дальше: он видит в причинении ущерба кредитору лишь рефлексивное действие (*Reflexwirkung* Иеринга) акта, совершенного должником. Так или иначе, но несомненно, что должник, причиняющий актом ущерб кредиторам, конечно, имеет в виду не это обстоятельство, а свою собственную выгоду. Этот ущерб лишь неизбежное последствие акта. Должник не может избежать порога, который необходимо перейти для того, чтобы получить известную выгоду. Очень может быть, что иногда акт совершается в ущерб кредитору из одной злобы. Но эти случаи исключительные, и если бы они имели место фактически, то все-таки юридически, ввиду того, что собственная выгода их

²¹² Menzel. Указ. соч. С. 148. Так же Cosack. Указ. соч. С. 77.

²¹³ Kornitzer. Bedenken zum Begriffe der «Renachtheiligungssabsicht» im Anfechtungsgesetze в Zeitsch. f. pr. u. öffent. Recht. Т. 15. С. 599. Статья эта написана с большими претензиями, но ничего не доказывает и полна противоречий. Результат исследования, что должник совершает акт ради того, чтобы устранить чувство неудовольствия, испытываемое им из-за того, что он не причиняет ущерба своим кредиторам, — говорит само за себя.

всегда сопровождает, выгода эта и может быть возведена в конечную цель акта.

Наконец, безусловно неправильно то положение рассматриваемой теории, будто бы для признания намерения причинить ущерб недостаточно одного сознания того, что ущерб причиняется данным актом, но к этому мы сейчас вернемся. Другие представители теории желания причинить ущерб, не видя необходимости, чтобы это обстоятельство было целью действия должника, требуют, чтобы имело место явно выраженное желание причинить ущерб. По их мнению, недостаточно одного сознания со стороны должника, что своим действием он причиняет вред кредиторам, — необходимо явное выражение воли.

Так, Менцель²¹⁴ приводит против понимания намерения в смысле сознания три соображения: терминологическое, историческое и практическое. Первое: как в разговорном, так и в научном языке слово «намерение» содержит в себе момент стремления к чему-либо /Bestrebtsein/. Второе: источники римского права несомненно указывают на то, что для *actio Pauliana* требовалась *fraus*²¹⁵ в смысле желанного причинения ущерба. Третье: вопрос о доказывании сознания причиняемого ущерба вызывает

²¹⁴ Menzel. Указ. соч. С. 146–147.

²¹⁵ В тексте книги латинский термин *fraus* употребляется многократно в составе, например, выражений *conscientia fraudis*, *animus fraudandi* и т.д. Этот термин переводится нами как «вред», «обман», но у него еще много значений, к числу которых относятся «ошибка», «заблуждение», «коварство», «ложь» и т.д. Это важно для понимания дальнейшего изложения. (Прим. редактора)

ряд недоумений. Несомненно, что в большинстве случаев сознание вреда дает основание заключить о наличии желания вредить, но могут быть случаи, когда это заключение не оправдывается. Если последствия действий должника были не неизбежны, а вероятны, то может оказаться, что он действовал в надежде, что эти последствия не наступят. Можно ли запретить ссылаться и доказывать именно эту надежду? Должник ведь мог действовать легкомысленно, но он не имел намерения причинить вред. Тем более опасно видеть намерение в сознании возможных последствий действия. Если бы тут доказыванию подлежало сознание, то вся сделка, связанная с риском и совершенная должником, в течение срока давности находилась бы под дамокловым мечом.

Проверим, насколько эти соображения Менцеля основательны. Прежде всего, ссылка на разговорную и научную речь едва ли основательна. Научная речь еще не выработала точного выражения, — что видно уже из того, что спорят о значении слова «намерение». Что же касается разговорной речи, то это очень шаткий аргумент. Разговорная речь иногда вырабатывает такое выражение, которое не охватывает значительной доли того явления, которое им выражается. Если уже ссылаться на разговорную речь, то Менцелю надо бы примкнуть к сторонникам того мнения, по которому намерение понимается как стремление к определенной цели, по которому акт опровержим лишь в том случае, когда должник поставил себе целью причинить вред кредиторам. В разговорной речи намеренное действие есть не только желанное, но и направленное к определенной цели. Намеренное причинение вреда об-

нимает собой действия, имеющие целью причинение вреда: намереваться — значит, действовать с определенной целью. А между тем Менцель против такого взгляда. Затем ссылка на римское право малоубедительна. Как понимали римские юристы слово *fraus*? На этот счет ученые никак не могут согласиться, да и понятно, почему: потому что римские юристы сами не выработали точной терминологии. По мнению Шея, *fraus* означает «обман», по Менцелю — «желание вреда», по Отто — просто «вред»²¹⁶. Всего вернее в этом случае мнение филолога Фогта (приведено у Отто), доказавшего, что до Цицерона /*середина I века до Р. Х.*/ *fraus* означало «сознательный, намеренный вред», а после Цицерона, кроме того, и «обман». Но как бы то ни было, ссылка на римских юристов невозможна, — у них могут найти аргументы и Менцель, и все его противники, каждый в подтверждение своего взгляда. Наконец, что касается достоверности сознания вреда, то Менцель в большинстве случаев допускает заключение от сознания вреда к намерению причинить его. Остается, следовательно, меньшинство. Когда должник действовал в сознании возможности вреда, то мы согласны с Менцелем, что заключение это будет неправильно по соображениям, которые изложим ниже. Относительно же сознания вероятного вреда мы не допускаем ошибок. Пусть должник действовал в надежде, что вреда кредиторам не будет, пусть он и докажет это, если это возможно, ему все-таки нельзя простить его легко-

²¹⁶ Schey. Указ. соч. С. 131–132, Menzel. Указ. соч. С. 146, Otto. Указ. соч. С. 92–99.

мыслие. Если суд раз пришел к тому заключению, что он сознавал с большой вероятностью вред, который причиняется его действием кредитору, и, несмотря на это, совершил действие, то совершенно основательно признавать его действовавшим с намерением причинить ущерб кредиторам.

Переходим к теории сознания вреда. Теория эта, принятая большинством ученых, исходит из того, что акт считается совершенным с намерением причинить ущерб не только тогда, когда такова именно была цель должника, но и тогда, когда он сознавал, что последствием его действий будет ущерб кредиторам; желал он этих последствий или нет, — это безразлично²¹⁷. Намерение причинить вред должно быть ему приписано, когда он мог сознавать, что действие его повлечет за собой этот вред, что благодаря этому действию взыскание станет невозможным. Необходимо лишь, чтобы в нем было сознание причинной связи между его действием и ущербом кредитора. Причинная связь тут является чисто объективной, — в ее субъективности, то есть в желании создать факт как причину ущерба нет надобности²¹⁸. И действительно, если должник знал, или, как рассудительный человек, должен был знать, что благодаря его действию наступят данные последствия, то последствия эти считаются наступившими намеренно²¹⁹. Теория эта сводит намеренность

²¹⁷ Cosack. Указ. соч. С. 77–78.

²¹⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 76–77, Otto. Указ. соч. С. 101–102.

²¹⁹ Völderndorff. Указ. соч. С. 42, Korn. Указ. соч. С. 82, Hasenbalg. Указ. соч. С. 40.

действия к возможному, вполне рациональному минимуму. Последствия действий должника не только не должны быть конечной целью, которую он себе ставит, они могут и не быть желательны, — лишь бы он сознавал их наступление, понимал ту причинную связь, которая имеется между его действием и ущербом кредитора. Но сознание это может иметь различные степени, смотря по трудности или легкости наступления последствий. Ущерб от действий должника может наступить или как неизбежное, или как вероятное, или как возможное последствие. В этом пункте представители теории сознания вреда, однако, несколько расходятся, допуская опровержение акта или во всех трех случаях, или же в том или в другом. Что касается первых, то Козак, Отто²²⁰ и другие полагают, что лицо, сознавшее хотя и одну возможность наступления данного последствия, но не только ничего не предпринявшее для его устранения, а, напротив, доведшее дело до конца, по меньшей мере, эвентуально, желало этого последствия. Другие, а именно, Газенбалг²²¹, впадают в противоположную крайность: только в том случае, когда последствия действия неизбежны, должник почитается действовавшим намеренно. Наконец, Гартман и Фельдерндорф²²² держатся среднего мнения по вопросу, к которому и мы готовы присоединиться. Они признают наличие намерения в том случае, когда должник сознавал не только не-

²²⁰ Cosack. Указ. соч. С. 78, Otto. Указ. соч. С. 107.

²²¹ Hasenbalg. Указ. соч. С. 90.

²²² Hartmann. Указ. соч. С. 77, Völderndorff. Указ. соч. С. 42–43.

избежность ущерба для кредитора от его действия, но и вероятность его, но решительно высказываются против признания намеренности в случае одной возможности ущерба. Заключение о намеренности действия, основанное на том, что должник должен будет предвидеть все возможные последствия своего действия, будет рискованным. Мало того, это внесет шаткость в гражданский оборот. Мы выше привели соображения Менцеля о дамокловом мече, при этом условии висящем над сделкой в течение полного срока давности. Соображение это безусловно верно. Трудно себе представить, говорит Фельднердорф, какую-либо сделку, которая, при известных обстоятельствах, например, когда разгорится война и т.п., не могла бы причинить ущерба кредиторам. И действительно, так широко понимать намеренность нельзя, — мало ли при каких обстоятельствах может наступить ущерб для кредиторов. Всех их предвидеть и сознать должник, конечно, не может. Судейскому убеждению в этом случае должен быть дан полный простор. Установить какие-либо обязательные для судьи правила, конечно, невозможно, — он сам оценивает степень неизбежности и вероятности наступления невыгодных для кредитора последствий данного акта. Самое большое, что можно, — это предостеречь его от придания серьезного значения одним возможным последствием. Потому-то нельзя признать правильным мнение Шенемана, Газенбальга и других²²³, что одна фактическая несостоятельность должника уже дает осно-

²²³ Schönemann. Указ. соч. С. 37, Hasenbalg. Указ. соч. С. 40, Otto. Указ. соч. С. 101.

вание с полной достоверностью заключить, что акт, совершенный им в это время, намеренно направлен к вреду кредиторам. Иекель²²⁴ справедливо замечает, что относительно должника, находящегося в положении фактической несостоятельности, судья будет лишь более склонен предположить, что он создавал экономический результат своего действия, чем относительно такого, дела которого находятся в полном порядке. И какие бы в этом случае стесняющие судью правила не придумывались, они могут оказаться нецелесообразными.

Из общего правила о необходимости действительного *animus fraudandi* исключение составляют одни лишь безвозмездные акты²²⁵. Акты безвозмездные могут подлежать уничтожению, хотя бы не было установлено, что должник имел намерение причинить ущерб кредиторам. Должник, говорит Иекель²²⁶, не может щедрой рукой обогащать третьих лиц, ставя себя тем в положение, при котором лишает кредиторов удовлетворения. На самом деле, намеренно или ненамеренно он это делает, — это безразлично. Раз он находится в таком положении, что не может удовлетворить кредиторов, законодатель вправе построить презумпцию, что он, раздавив свое имущество, намеренно привел себя в состояние неоплатности. Быть может, на самом деле,

²²⁴ Iaeckel. Указ. соч. С. 72.

²²⁵ Есть и другое исключение: акты, вообще совершаемые в пользу родственников должника. Но это, принятое германским и австрийским законами, исключение чисто специального характера.

²²⁶ Iaeckel. Указ. соч. С. 92.

он и не думал дарить в сознании вреда, причиняемого кредиторам. Быть может, нет и объективной причинной связи между дарением и разорением или неоплатностью. По чисто утилитарным соображениям все это предполагается, и доказывать противное уже не должно быть дозволено²²⁷. Это *praesumptio juris et de jure* /неопровержимая презумпция/. Закон по известным соображениям предписывает судье признать доказанными и *animus fraudandi* должника, и причинную связь. Соображения же, заставляющие построить презумпцию, те, что опыт жизненный указывает, что часто безвозмездная сделка совершается неспроста. Часто имеет место *animus fraudandi*. Те же случаи, когда это предложение не оправдывается, в соображение принимаемы быть не должны. Не допускать опровержение акта невозможно. Голос кредиторов вопиет!.. Они имеют на имущество как на объект взыскания лучшее право, чем одаренный: долг важнее дара. Одаренный менее обижен отображением дара, чем кредитор — оставлением его в руках одаренного. Грюцман²²⁸ весьма оригинально объясняет это исключительно неблагоприятное положение безвозмездных актов. Силу этого он видит в том положении, какое эти акты занимают в гражданском обороте. Они не представляют собой явления нормального и необходимого. Выгода, из них истекающая, не приобретена, а случайно выпала на долю лица. Лучше разрушить аномальную прибыль, чем терпеть нарушение прав, приобретен-

²²⁷ Völderndorff. Указ. соч. С. 137.

²²⁸ Grützmann. Указ. соч. С. 190.

ных нормальной деятельностью. Но, высказываясь в пользу легкой опровержимости безвозмездных актов, мы напомним сделанную выше оговорку, что для пользования право опровержения безвозмездного акта должен быть положен максимально краткий срок. К сказанному прибавим, что по истечении этого срока кредитор не должен быть безусловно лишен права опровергать акт: он может это сделать, но уже на основании общих правил, то есть, доказав *animus fraudandi* должника²²⁹.

III. Условия на стороне третьего лица

Условия, касающиеся третьего лица, могут быть сведены к двум: объективное и субъективное. Первое заключается в том, что третье лицо посредством акта, совершенного должником, должно увеличить свое имущество. Второе же — в том, что лицо это должно действовать *mala fide*, должно знать о намерении должника причинить вред кредиторам: на его стороне должна быть *conscientia fraudis*, оно должно быть *sciens* или *particeps fraudis* /осведомленным либо участвующим в недобросовестности/. На первом из этих требований мы останавливаться не будем, так как о нем уже была речь выше, а обратимся лишь ко второму. От третьего лица требуется, чтобы оно знало о намерении должника, то есть, чтобы ему были знакомы факты, дающие основание заключить, что должник намерен причинить вред своим кредиторам²³⁰, что он по меньшей мере со-

²²⁹ Korn. Указ. соч. С. 91.

²³⁰ Iaeckel. Указ. соч. С. 69.

знает, что действие повлечет за собой именно это последствие²³¹. Активной деятельности от третьего лица, конечно, нельзя требовать²³². Оно не обязано заботиться о других²³³, не обязано ради охранения интересов кредиторов предпринимать что-либо. Раз оно по данной обстановке приходит к убеждению, что должник имеет намерение причинить вред кредиторам, оно не должно вступать в сделку. Оно обязано взвесить все эти обстоятельства с должным вниманием и осмотрительностью. Если оно не было достаточно внимательно и осмотрительно, то это его не оправдывает, если только ему были известны факты, ввиду которых оно должно было знать о намерении должника²³⁴. Этими положительными указаниями можно было бы и ограничиться, предоставив судье в каждом отдельном случае решить вопрос: знало ли и должно ли было знать третье лицо о намерении должника. Но ученые этим не ограничиваются. Они хотя и усиленно утверждают, что правил для судьи никаких выставлять не следует, — это дело его убеждения, — но, не выставляя, правда, положительных правил, они тем не менее дают ряд отрицательных указаний, для судьи, очевидно, бесполезных и вытекающих из самого существа дела. *Первое*: не требуется, чтобы третье лицо вступало в соглашение именно с целью причинить вред кредиторам. Насколько наличие именно этой цели не требуется относительно намерений должника,

²³¹ Korn. Указ. соч. С. 86.

²³² Cosack. Указ. соч. С. 92.

²³³ Zürcher. Указ. соч. С. 30.

²³⁴ Otto. Указ. соч. С. 130.

настолько нет основания ее требовать относительно третьего лица²³⁵. *Второе*: не требуется, чтобы сделка непременно была выгодна для третьего лица. Оно не может оправдаться тем, что оно из сделки никакой выгоды не извлекло. *Третье*: не требуется знания убыточности, а лишь надо знать намерение должника причинить убыток. А потому, если третье лицо полагает, что должник ошибается насчет последствий своей сделки²³⁶, или надеется на то, что должник не окажется несостоятельным, а останется вполне состоятельным, или что ущерба не будет причинено²³⁷, то оно все-таки может считаться знающим о намерении должника. *Четвертое*: не требуется, чтобы непременно должник сообщил третьему лицу о своем намерении; оправдываться это лицо не может тем, что должник или молчал, или привел другой мотив, заставивший его вступить в сделку²³⁸. *Пятое*: совершенно безразличен тот путь, каким третье лицо узнало о намерении должника²³⁹. Оно могло узнать его от самого должника, от постороннего лица, от кредитора. Само по себе даже предупреждение кредиторов о том, что сделка, в которую должник вступает с третьим лицом, для них убыточна, не может иметь значения²⁴⁰. Все зависит от конкретного случая²⁴¹. Насколько указа-

²³⁵ Schönemann. Указ. соч. С. 41, Iaeckel. Указ. соч. С. 69, Hasenbalg. Указ. соч. С. 75.

²³⁶ Hasenbalg. Указ. соч. С. 75.

²³⁷ Otto. Указ. соч. С. 112.

²³⁸ Völderndorff. Указ. соч. С. 44, Korn. Указ. соч. С. 86.

²³⁹ Menzel. Указ. соч. С. 152, Zürcher. Указ. соч. С. 30.

²⁴⁰ Ульпиан (Дигесты. 42.8.10. § 3.).

²⁴¹ Schönemann. Указ. соч. С. 41–42.

ния кредиторов основательны, и насколько ввиду этих указаний можно признать, что третье лицо действительно узнало от них о намерении должника, — должен решить суд²⁴². *Шестое*: не может иметь значения и то, знало ли третье лицо о том, что у должника есть кредиторы²⁴³, и что он фактически несостоятелен²⁴⁴. Эти обстоятельства сами по себе не указывают третьему лицу на то, что должник совершил сделку *in fraudem creditorum*. Нельзя этому лицу ставить в вину то, что оно помогло должнику выйти из затруднения²⁴⁵.

Но из общего правила о том, что для опровержения акта необходима *conscientia fraudis* третьего лица, еще римские юристы²⁴⁶ допускали исключение, а именно, относительно безвозмездных актов. Если они это допускали, несмотря на абсолютность требования *animus fraudandi*, то с точки зрения современной доктрины, не требующей *animus fraudandi* должника в безвозмездных актах, требовать *conscientia fraudis* было бы непоследовательно. И действительно, если не требуется *fraus*, то требовать его знания — совершенная несообразность. Но мы видели, что *animus fraudandi* в лице должника в этих случаях предполагается. Это заставляет и по отношению к третьему лицу выставить презумпцию *conscientiae fraudis* по тем же

²⁴² Hasenbalg. Указ. соч. С. 76.

²⁴³ Otto. Указ. соч. С. 112.

²⁴⁴ Reinhard. Указ. соч. С. 108, Menzel. Указ. соч. С. 152, Zürcher. Указ. соч. С. 30.

²⁴⁵ Mankiewitz. Указ. соч. С. 43.

²⁴⁶ Ульпиан. Дигесты. 42.8.10. § 3.

соображениям, по каким выставлена нами первая. И третье лицо предполагается знающим о намерении должника причинить вред кредиторам. Если не допускать предпочтения дара исполнению обязательства, то необходимо поставить третье лицо в такое же положение, в которое поставлен должник, и по отношению к нему надо выставить *praesumptio juris et de jure* /неопровержимую презумпцию/.

Мы рассмотрели условия, при наличии коих возникает право кредитора опровергать акт, совершенный должником. Если все они имеются налицо, он может просить суд о признании акта недействительным, как совершенного в нарушение его залогового права. Раз эти условия налицо, дается основание придать его праву судебного залога обратную силу и признать должника нарушителем этого права. Но считать третье лицо участником этого нарушения нельзя. Оно лишь увеличило свое имущество, приобретя то, что не могло приобрести, что составляет предмет права судебного залога. Оно отвечает как добросовестный или недобросовестный приобретатель имущества, — смотря по тому, действовало ли оно добросовестно.

Говоря это, мы ожидаем, что против нашей теории будет сделано то же возражение, которое мы сделали против деликтной теории. Она дала два принципа: *dolus* и неправомерное обогащение, придав решающее значение *conscientiae fraudis*. То же, по-видимому, сделали и мы.

На самом же деле, мы дали один принцип: различая право требовать признания акта недействи-

тельным от права требовать возвращения имущества в число объектов взыскания, мы дали единый принцип и тому, и другому. *Первому* — в том смысле, что требуем *conscientia fraudis* для всех случаев опровержения, но при возмездных актах это действительная *conscientia*, при безвозмездных — предполагаемая. *Второму* — в том смысле, что имущество, коим увеличились неправомерно обладания третьего лица, возвращается в число объектов взыскания на основании общих правил, разделяющих добросовестность и недобросовестность. В данном случае это обусловлено *conscientia* или *ignorantia fraudis*, причем в безвозмездных сделках последняя не имеет никакого значения; это частность, которая не касается принципа. Добросовестность может выражаться в различных формах. В данном случае она поставлена в тесную связь, с одной стороны, с *conscientia* или *ignorantia fraudis* с их особенностями, с другой, — с другими обстоятельствами. Мы сказали выше, что требование возврата вещи в число объектов взыскания, подобно вещному иску о возврате вещи. И тут размер ответственности определяется тем, добросовестно или недобросовестно действовал ответчик, а в применении к данному случаю — был ли он осведомлен о характере сделки, была ли сделка возмездна или безвозмездна и т.д. Иначе говоря, упрек в раздвоенности принципа не может быть сделан нашей теории уже потому, что мы различаем вопрос об опровержении акта от вопроса об ответственности третьего лица. В первом вопросе, во всех случаях, единое условие — *conscientia fraudis*. Во втором, — в тех случаях, когда *conscientia*

действительная, — ответственность одна, когда презумптивная, — другая. Но это разделение ответственности не есть разделение принципа. Это, конечно, не то, что говорит деликтная теория. Та выводит ответственность из деликта и из неправомерного обогащения, мы же подобных выводов не делаем. У нас эти два вопроса стоят отдельно, причем объединяются в началах владения, разветвляющегося по свойствам на владение добросовестное и недобросовестное.

Глава третья

Движение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Со стороны содержания право кредитора, желающего устранить невыгодные последствия акта, совершенного должником, распадается на право требовать признания акта недействительным и как практический его результат на право требовать возвращения имущества в число объектов взыскания для поступления с ним, как со вновь отысканным имуществом должника. Право опровергать акт в движении или осуществлении своем раскрывает это содержание.

I. Право требовать признания акта недействительным

Общую характеристику недействительности, имеющей здесь место, мы уже представили выше. К сказанному остается добавить следующее. Недействительность относительная, в смысле бездействия, бессилия акта в данном направлении, может быть рассматриваема со стороны отрицательной и со стороны положительной. Акт бессилён вызвать те последствия, ради которых он был совершен. Последствия эти таковы, что ужиться с ними право судебного залога, установленное по требованию кредитора, не может. Акт,

как нарушающий это право, объявляется бессильным, поскольку его исполнение может препятствовать полному осуществлению права судебного залога, но не далее этого. Далее этого она сохраняет свою силу.

Что касается *отрицательной* его стороны, то она и заключается в этом обессилении: объявляется, что связанные с актом последствия не могут наступить, — имущество объявляется объектом взыскания. Бывшие ранее к тому препятствия устранены, и вещь возвращается в число объектов взыскания. Об этом мы поговорим ниже, здесь же остановимся на *положительной* стороне недействительности. Заключается она в том, что все последствия актов, стоящие вне нарушения права судебного залога, остаются в полной силе. Эта положительная сторона, в свою очередь, может быть рассматриваема со стороны объективной и со стороны субъективной. С объективной стороны, акт сохраняет свою силу по отношению к излишку, являющемуся разностью суммы акта и суммы требования кредитора. Если первая больше второй, то в размере разности акт остается в полной силе²⁴⁷.

²⁴⁷ Подобная логика применяется сейчас в ситуации, когда в предбанкротном состоянии заложенное имущество должника продается на открытых торгах. В случае продажи такого имущества в процедуре банкротства должника, кредитор, требования которого обеспечены залогом, в любом случае, получил бы 70 % (или 80 % для кредитных организаций) от полученных при реализации денежных средств в силу прямого указания ст. 138 Закона о банкротстве. Поэтому, если договор купли-продажи имущества, заключенный в преддверии банкротства, будет признан недействительным, кредитор вернет в конкурсную массу не более 30 % (или 20 %), которые он не вправе был бы получить в ситуации продажи имущества в банкротстве. (Прим. редактора)

Например, требование кредитора равно 1000 рублей, а акт совершен в сумме 5000 рублей, — он недействителен в размере 1000 рублей, а в размере 4000 рублей вполне действителен. Или, например, при уничтожении отречения от наследства пределы уничтожения ограничены суммой требования кредиторов, и должник предполагается наследником именно в этих пределах. Наоборот, вне этих пределов отречение остается в силе, и он наследником не считается. Открылось наследство в 100 000 рублей, обремененное долгами. Наследник от него отрекается. Кредиторы на суммы 1000 рублей уничтожают отречение, наследник считается таковым лишь на сумму 1000 рублей. Строго говоря, все эти случаи объективного ограничения недействительности являются применением правила Ульпиана: *neque vitiatum utilis per hanc inutilem* /букв. *бесполезное не отменяет полезное, то есть недействительные установления не отменяют действительные*/. Далее суммы требования кредитора право судебного залога на имущество должника распространяться не может. Все, что превышает того, является *utile* /*полезным*/ и нисколько не теряет своей силы от того, что с ним связана часть, представляющая именно это *inutile* /*бесполезное*/. Что касается субъективной стороны, то она заключается в том, что лица, коих акт касается, остаются в прежних отношениях, в тех пределах, в коих это не вредит кредитору, оспаривающему акт. То, что раз правомерно совершилось, того нельзя не считать совершившимся, и последствия акта должны наступать. Акт объявляется нарушающим залоговое право, уста-

новленное по требованию кредитора, и в этом-то он оказывается бессильным. Все же последствия его в других направлениях — по отношению к должнику и к третьему лицу, увеличившему свое имущество, остаются в силе²⁴⁸. Это оставление в силе, конечно, следует понимать в юридическом смысле; фактически же уничтожение акта, несомненно, оказывает большое влияние на взаимные отношения сторон. Нечто подобное мы видим при уничтожении посторонним лицом вещи, которую должник обязался доставить²⁴⁹. Благодаря ее уничтожению наступила лишь невозможность исполнения договора, и вызываются общие последствия этой невозможности при условии полной юридической силы договора для сторон. Если бы договор был признан недействительным сам по себе, то пали бы все последствия его, никаких прав за кредитором не осталось бы. Точно так же, если уничтожен акт отречения от наследства, то в глазах наследника, от которого имущество отбирается, акт остается в силе. Он не может требовать от лица отрекшегося возврата причитающихся на его долю сумм по долгам наследодателя, уплаченных им, наследником²⁵⁰. Или должник получил уплату от своего должника, — акт уничтожается. Последний производит вторичную уплату путем взыскания в пользу кредитора, опровергнувшего акт, и обращается с обрат-

²⁴⁸ Völderndorff. Указ. соч. С. 20, см. также Otto. Указ. соч. С. 166, Hartmann. Указ. соч. С. 59.

²⁴⁹ Cosack. Указ. соч. С. 326.

²⁵⁰ Naquet. Указ. соч. С. 209, Hartmann. Указ. соч. С. 181.

ным требованием к должнику. В его глазах первая уплата, произведенная должнику, остается в полной силе, для него она не уничтожена, и он требует возмещения вторичной уплаты. По его мнению, скорее, неправомерна вторая уплата, а не первая. Но, признавая, что в юридическом смысле акт остается в силе между лицами, в нем участвующими, факт уничтожения его устанавливает между ними известные отношения. Отношения эти вызываются тем, что имущество в силу акта перешло к данному лицу, а затем, благодаря уничтожению акта, снова у него отнимается. Хотя акт, как мы уже сказали, сохраняет свою силу, но такой факт, как перемещение имущества, не может не оказывать известного влияния на отношения сторон. Отношения эти устанавливаются по поводу требований третьего лица к должнику. Требования эти могут быть двух родов: одни стоят вне всякой связи с оспоренным актом, другие с ним связаны. Что касается первых, то не может быть и спора о том, что третье лицо, обязанное возвратить в число объектов взыскания имущество, полученное путем акта, не вправе выдать лишь часть этого имущества, удержав другую в удовлетворение своего требования к должнику. Ни права зачета²⁵¹, ни права удержания (*jus retentionis*)²⁵² оно не имеет. Спорным является лишь вопрос, может ли оно в качестве кредитора притязать на выданное имущество и как бы конкурировать с другими кредиторами. Большинство ученых решают вопрос

²⁵¹ Jaeckel. Указ. соч. С. 172.

²⁵² Cosack. Указ. соч. С. 288, Korn. Указ. соч. С. 243.

утвердительно²⁵³, но Гартман и Менцель высказываются, однако, в отрицательном смысле. Аргументация первых сводится к тому, что, во-первых, по мнению Иекеля, принятому и Корном²⁵⁴, непризнание за третьим лицом права на удовлетворение его требования к должнику из имущества, у него (третьего лица) отобранного, было бы противно цели оспаривания акта. Цель его заключается в том, чтобы имущество это рассматривалось как еще принадлежащее должнику. Если так, то оно может служить предметом взыскания для всех кредиторов. Исключить из их числа третье лицо нет основания, даже если бы оно действовало *malà fide*: последствия недобросовестности устранены, имущество у него отобрано, и затем уже нет оснований его карать. *Во-вторых*, по мнению Козака, если требование третьего лица уже обладает исполнительной силой, то исключить это лицо из числа кредиторов нет оснований. Это значило бы без всякой причины ограничить число объектов взыскания по требованию третьего

²⁵³ Такого же подхода придерживается и российское законодательство о банкротстве. По действующему законодательству, такое лицо вправе предъявить требование к должнику в процедуре банкротства (и, соответственно, получить удовлетворение из конкурсной массы, в состав которой вошло отобранное у такого лица имущество), но вопрос об очередности удовлетворения требования решается по-разному, в зависимости от того, по какому основанию была признана недействительной сделка. Требование может быть либо включено в состав требований третьей очереди, либо подлежать удовлетворению после требований третьей очереди (п.4 ст. 61.6 Закона о банкротстве). (*Прим. редактора*)

²⁵⁴ Iaeckel. Указ. соч. С. 171–172, Korn. Указ. соч. С. 243.

лица, более тесным кругом, чем это делается относительно требований других кредиторов.

Против этих соображений высказывается Гартман, а за ним, Менцель²⁵⁵. По их мнению, *во-первых*, исходная точка этой аргументации неправильна: имущество, отобранное у третьего лица, в действительности не входит в состав имущества должника. Оно возвращается не ему, а в число объектов взыскания. Как кредиторы могли бы получить удовлетворение из имущества должника путем взыскания, если бы оно у последнего оставалось, так и третье лицо обязано, стоя в стороне, допустить взыскание ради получения кредиторами удовлетворения. Иск об уничтожении акта есть вспомогательное средство взыскания, которое в этом случае направляется не столько против должника, сколько против третьего лица, конечно, ограничиваясь отобранием имущества. Против этого лица, а не против должника производится взыскание. *Во-вторых*, надо иметь в виду, что уничтожение акта распространяет свою силу лишь на опровергающего акт кредитора. Акт бессилён лишь по отношению к нему, и сторонние лица, не исключая и третье лицо, на это бессилие не могут ссылаться. *В-третьих*, если отчужденное имущество не поступает в состав имущества должника, а остается в составе имущества третьего лица, то обращение этим лицом на него своего взыскания невозможно уже потому, что произошло бы слияние ролей кре-

²⁵⁵ Hartmann. Указ. соч. С. 157, 183–184, Menzel. Указ. соч. С. 283.

дителя и должника в одном лице: нельзя самому из своего же имущества произвести взыскание.

Из этих соображений представителей двух направлений, несомненно, должно отдать предпочтение первому, то есть мнению большинства, допускающего возможность взыскания со стороны третьего лица своего самостоятельного долга из имущества, от него отчужденного. Гартман не привел ни одного серьезного основания предпочтения всех кредиторов тому, который в данном случае оказался и контрагентом должника по другому акту, и обладателем имущества должника. Гартман говорит, что неверна исходная точка его противников. Они могут ответить ему тем же. Ведь имущество, взятое у третьего лица, является объектом взыскания по требованию данного кредитора к данному должнику. Несомненно, что оно ему не выдается, но, что оно предполагается входящим в состав его имущества, — это также сомнению подлежать не может. Нельзя же производить взыскание по долгу данного лица из имущества, ему не принадлежащего. Судебный залог по долгу этого лица только и может быть установлен в его имуществе. Затем то соображение, что бессилие акта не распространяется на посторонних лиц, а ограничивается кредитором, — не довод. Третье лицо и не ссылается вовсе на это бессилие. Оно может на время забыть, что имущество отобрано у него. С тех пор как оно отобрано, оно — объект взыскания, и все кредиторы могут из него получить удовлетворение. Наконец, тот довод, что происходит слияние ролей кредитора и должника, в корне неоснователен. Слияние

это имело бы место, если бы третье лицо и было, и продолжало быть собственником отобранного у него имущества. Ни до, ни тем более после оно таковым не было. Признав, таким образом, правильность мнения Козака, Корна и Иекеля, в принципе, мы должны оговориться, что применение его требует некоторых ограничений, чтобы не вызвать вовсе нежелательных последствий. Все зависит от отношения суммы оспоренного акта к сумме требований того кредитора, по заявлению которого акт опровергнут.

Если сумма акта превышает сумму требования кредитора и, следовательно, акт обессилен в этой части, а в другой оставлен в силе, то третье лицо не вправе обратиться с иском на отобранное у него имущество соответственно размеру первой из этих частей²⁵⁶. Например, сумма акта — 4 000 рублей. Третье лицо купило у должника имущество за 4 000 рублей, а требование кредитора — 1 000 рублей. Третье лицо, имеющее к должнику требование в 500 рублей, не вправе обратиться с иском на эти 1 000 рублей, потому что этого не вправе сделать другие кредиторы долж-

²⁵⁶ В современных условиях сделки оспариваются не в рамках отдельного иска кредитора, а в деле о банкротстве, где никто из кредиторов (в том числе и тот кредитор, который оспорил сделку) не может непосредственно претендовать на возвращенное имущество, оно поступает в конкурсную массу. Поэтому описываемая А.Х. Гольмстеном ситуация, когда контрагент должника по оспоренной сделке может претендовать лишь на определенную часть возвращенного им имущества, сейчас не может возникнуть. (*Прим. редактора*)

ника при тех же условиях. Оно может получить 500 рублей из остающихся 3 000 рублей. Оно получает 2 500 рублей как остаток и 500 рублей в уплату долга. Ему незачем обращаться к первой тысяче, идущей на удовлетворение первого кредитора, если по оспоренному акту он может получить свои 500 рублей из 3 000 рублей, подлежащих и без того передаче ему. Если посторонний кредитор не может получить удовлетворение из взысканной суммы, то предоставить это право третьему лицу было бы совершенно несправедливо. Факт его участия в совершении оспоренного акта не дает ему права на какое-либо преимущество, привилегию перед другими кредиторами. Если мы согласны с поименованными выше учеными, что нет оснований в силу этого факта участия ухудшать его положение, то должны сказать, что и улучшение его положения не имеет основания. Другое дело, когда сумма требований кредитора равна или превышает сумму акта, — тогда третье лицо, как и всякий другой кредитор, может притязать на удовлетворение из отобранного имущества.

Переходим теперь к требованиям третьего лица к должнику, связанным с актом. Это суть обратные требования, предъявляемые третьим лицом ввиду лишения его того имущества, которое перешло к нему в силу опрокинутого акта. Требования эти могут быть двух родов: обратное требование с должника той суммы, которая им была уплачена за отчужденное имущество, и обратное требование третьим лицом суммы, которую оно получило от должника и которая была взыскана кредитором обратно, то есть случай вторичного требования

третьим лицом суммы с должника. Обращаясь к первому случаю, надо заметить, что самый вопрос о юридической возможности этих требований спорен в литературе, бесспорно лишь одно: если третье лицо получило имущество от должника по безвозмездному акту, то никаких прав обратного требования к должнику оно не имеет²⁵⁷. Относительно же возмездных актов подавляющее большинство ученых высказываются в пользу третьего лица, предоставляя ему право требовать возмещения того, чего он лишился благодаря отобранию у него вещи. Причем не делается различия между случаями bona и mala fides его. По различию права третьего лица на обратное требование эта положительная теория разветвляется на три: теория кондикций /неосновательного обогащения/, теория эвикции /истребование вещи у покупателя в связи с основаниями, возникшими до заключения договора купли-продажи/ и теория исполнения чужого обязательства.

Что касается теории кондикций, то на ее стороне большинство ученых. Ими приводится одно основание: неправомерное обогащение должника за счет третьего лица. В составе его имущества находится то, что принадлежит третьему лицу. Последнее купило вещь и купило правомерно. Но вещь эта отнята, она стала объектом взыскания по долгу должника. С точки зрения третьего лица, вещь, за которую оно уплатило деньги, перешла снова к должнику, и он владеет этими деньгами sine causa /без основания/, а потому третьему лицу

²⁵⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 181.

дается *condictio sine causa* /иск из неосновательного обогащения/²⁵⁸.

Вторая теория, представителем коей считается Козак, видит аналогию этого обратного требования с эвикцией. Путем опровержения акта у третьего лица отбирается вещь, приобретенная им при наличии недостатка, заключающегося в том, что должник, ввиду своих личных отношений, не имел права отчуждать вещь. Как при эвикции, приобретатель вещи теряет ее вследствие притязания, исходящего от постороннего лица. Против этой теории Менцель²⁵⁹ делает два возражения — теоретическое и практическое. Первое заключается в том, что указываемый этой теорией недостаток приобретения не имеет вовсе места в момент приобретения и что опровержение акта основано в одинаковой мере и на обстоятельствах, связанных с приобретателем, и на известных личных отношениях и намерениях должника. При эвикции же данный порок должен быть в наличии в момент приобретения, и основывается она на личности приобретателя. Практическое же возражение состоит в том, что число случаев, когда можно будет осуществить право обратного требования, стремится к нулю, ибо во всех этих случаях имеется именно то условие, которое исключает эвикцию: данный недостаток известен лицу, что при эвикции невозможно.

Третья теория принадлежит Менцелю. По его мнению, третье лицо, выделяя из состава своего

²⁵⁸ Iaeckel. Указ. соч. С. 167–168, Otto. Указ. соч. С. 180, Völderndorff. Указ. соч. С. 117, Naquet. Указ. соч. С. 201.

²⁵⁹ Menzel. Указ. соч. С. 274.

имущества известную часть с целью уплаты чужого долга, отдает собственную вещь на чужие надобности. Должнику следовало бы уплатить долг из собственных средств, но так как стороннее лицо произвело эту уплату, то ему и принадлежит право требовать возмещения потраченной суммы. Такая искусственная конструкция, однако, не может быть принята. *Во-первых*, она совершенно противна идее института обратного требования. Третье лицо и не думает уплачивать чужой долг, с него взыскивается имущество, которое не должно быть в его обладании. *Во-вторых*, закон никогда не возлагает ни на кого обязанности уплачивать чужие долги, Менцель же создает такое неслыханное обязательство *ex lege*. *В-третьих*, сам он предвидит возражение, которое можно ему сделать, но не опровергает его, а именно: третье лицо, выдавая имущество, лишь исполняет обязанность, на нем лежащую. За исполнение обязанности, возложенной на лицо законом, нельзя требовать возмещение. Возмещение должно иметь другое основание, каковым и является обогащение другого лица. Наконец, *в-четвертых*, пример, приводимый Менцелем в подтверждение того, что случаи, подобные настоящему, часто признаются законом, указывает как раз на обратное тому, в подтверждение чего приводятся. Все это случаи *negotiorum gestio* /действия в чужом интересе без поручения/, например, уплата подати за другого, воспитание чужого ребенка и т.д. Ведь все эти действия не обязательны, это добровольные действия. Конструкция же Менцеля является в виде какой-то обязательной *negotiorum gestio*. Такова положительная теория.

Что касается теории отрицательной, то представители ее, Корн, а за ним и Штейнбах²⁶⁰, желая быть последовательными сторонниками деликтной теории, высказываются в противоположном смысле. Исходя из того, что третье лицо совершило деликт, они полагают, что требование третьего лица к должнику только и может быть рассматриваемо как *condictio ob turpem causam* /*обратное требование выданного по основанию, противоречащему нравственности*/. Имущество, данное третьим лицом должнику, — плата, вознаграждение за недозволенное действие; но требовать эту плату от должника обратно, в случае ее отобрания, третье лицо не может, так как *turpis causa* была и на той, и на другой стороне. *Ubi autem et dantis et accipiens turpitudine versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur ut male iudicetur* /*если действия и дающего, и принимающего лиц противоречат нравственности, считаем, что нельзя требовать возврата предоставления, например, если деньги уплачены за вынесение недобросовестного судебного решения*/, как говорит юрист Павел²⁶¹. Корн и Штейнбах, с их отрицательным взглядом, не приобрели сторонников по очень простой причине. Если даже видеть в действии третьего лица деликт, то отождествлять его с *turpido* /*безнравственностью*/ нет оснований. Даже Отто, крайний представитель деликтной теории, не сделал этого. Он верно замечает, что *causa*, основание действия

²⁶⁰ Korn. Указ. соч. С. 239–240, Steinbach. Указ. соч. С. 115, 134.

²⁶¹ Павел в L.3 D. cond. ob. turp. caus. 12.5.

третьего лица, само по себе правомерно, но падает лишь потому, что оставление его в силе было бы несправедливостью по отношению кредиторам²⁶². *Turpitudine* не тождественно с деликтом; с одной стороны, она содержит в себе нечто меньшее, чем деликт: безразличие к дозволенности и недозволенности; с другой, — большее: она поражает акт в корне, делает его ничтожным, чего, как выше заметил Отто, в данном случае нет. Ввиду этого, квалификация кондикции, предоставленной третьему лицу, как *conditio ob turpem causam*, неверна. Следовательно, правило Павла о противоречащем нравственности поведении дающего и получающего лица применено быть не может. Но если, как мы сказали, теория эта не нашла себе сторонников, то, несомненно, она навела Фельдерндорфа²⁶³, сторонника теории кондикций, на мысль установить исключение из общего правила о праве третьего лица требовать от должника обратно имущество, с него взысканное. А именно, он полагает, что в тех случаях, когда оспариваемое кредитором действие является недозволенным, обратное требование невозможно. С этой оговоркой нельзя согласиться. Если действие недозволено, то оно должно влечь за собой карательные последствия, но другая его сторона, гражданская (то есть то, что действие подлежит опровержению в гражданском порядке), должна остаться в полной силе. Оно должно влечь за собой все последствия подобных действий, безотносительно к дозволенности или недозволенно-

²⁶² Otto. Указ. соч. С. 181.

²⁶³ Völderndorff. Указ. соч. С. 118.

сти его. Общее правило, что требование остается в полной неприкосновенности и неизменности, несмотря на то, что действие, породившее это требование, является действием недозволенным, должно быть применено и к рассматриваемому случаю. Наконец, чтобы быть последовательным, надо было выставить общее положение, что, вообще, условия и последствия опровержимости актов, совершенных должником в ущерб кредиторам, различны, смотря по тому, дозволено или недозволено действие, подлежащее опровержению. От такого положения, конечно, отшатнулся бы и Фельдерндорф, а между тем в этом положении сформулирована общим образом мысль, высказанная им по поводу частного вопроса.

Признавая безусловную правильность теории кондикций, без тех ограничений, которые вносит Фельдерндорф, мы, однако же, решаем в отрицательном смысле вопрос о конкуренции третьего лица с кредитором, опровергающим акт, конкуренции, могущей возникнуть при осуществлении третьим лицом своего права обратного требования к должнику. Конкуренция эта может быть допущена лишь относительно другого имущества должника, а не отобранного от третьего лица. И тут предоставлять какие-либо привилегии третьему лицу или ставить его в худшее положение сравнительно с другими кредиторами нет основания²⁶⁴. Если допустить его к конкуренции безусловно, то при равенстве требования кредитора с суммой опровергнутого акта кредитор получит половину при-

²⁶⁴ Cosack. Указ. соч. С. 289–290.

читающейся ему суммы, — другая половина пойдет в пользу третьего лица²⁶⁵.

Переходя ко второй категории требований третьего лица к должнику, а именно, к требованию с должника вторичной уплаты, достаточно ограничиться указанием на то, что в теории вопрос этот решается в том смысле, что нет основания не признавать возрождения требования у третьего лица. Раз акт уплаты ему должником долга уничтожен, долг этот почитается снова существующим, не погашенным. С третьего лица взыскивается то, что он получил от должника, и он снова имеет к нему требования. Аналогия со случаями первой категории полная: в составе имущества третьего лица имеется сумма, уплаченная ему должником. Сумма эта отбирается, и третьему лицу предоставляется требовать ее обратно с должника²⁶⁶. То же самое можно сказать (хотя никто об этом и не упоминает) о противоположном случае: о праве третьего лица требовать от должника

²⁶⁵ Современное решение этой проблемы (третье лицо, заявившее требование в реестр, вправе рассчитывать в том числе и на долю в том имуществе, которое было у него отобрано) принципиально отличается от рассматриваемой А.Х. Гольмстенем ситуации. Причина этого, видимо, в том, что А.Х. Гольмстен анализирует ситуацию, когда кредитор оспаривает сделку должника «для себя», игнорируя при этом интересы других кредиторов (что естественно, так как во времена автора такие сделки оспаривались вне дела о банкротстве). Сейчас же сделка должника оспаривается в интересах всех кредиторов, и имущество поступает не одному из них, а в конкурсную массу должника. Прим. редактора.

²⁶⁶ Iaeckel. Указ. соч. С. 172–174, Völderndorff. Указ. соч. С. 118, Menzel. Указ. соч. С. 282. Hartmann выражается очень неопределенно (Указ. соч. С. 178).

ка то, что лицо уплатило должнику и что с него взыскано кредитором. Как в первом вторичная уплата должна быть произведена должником, так и тут третье лицо, произведя вторичную уплату, вправе требовать вторично уплаченную сумму с должника.

II. Право требовать возвращения имущества в число объектов взыскания

Когда акт уничтожен, устраняется препятствие к обращению взыскания на имущество, по этому акту перешедшее *in fraudem creditorum* от должника к третьему лицу. Наступает второй логический фазис развития права опровержения: возвращение имущества в число объектов взыскания — осуществление права судебного залога. Открывается поле для применения правила о взыскании с имущества, находящегося в неправомерном обладании третьего лица; поле, на котором, теоретически говоря, достаточно *imploratio officii iudicis*. Во всех законодательствах предвиден случай взыскания с имущества ответчика, находящегося в обладании третьего лица. Производство его вверяется исполнительному органу. То же самое могло бы иметь место и в данном случае; но на самом деле, практически, это не так. Надо полагать, ввиду вообще неудовлетворительной постановки процесса исполнения решения в современных законодательствах и недостаточной самостоятельности исполнительных органов, в данном случае нельзя было ограничиться одной *imploratio officii iudicis*. По существу, она остается таковой, но в применении приближается к исковой форме. Суд не только уничтожает акт, но и указывает, что именно и в каком объеме должно быть воз-

вращено третьим лицом в число объектов взыскания. *Imploratio* принимает форму иска; суд постановляет подробное решение, которое и приводится в исполнение. И для суда, постановившего свое решение, конечно, обязательны правила взыскания с имущества должника, находящегося в обладании третьего лица. В сущности, вся разница сводится к тому, что если бы сохранилась *imploratio* в чистом виде, то суд по уничтожении акта в исковом процессе закончил бы свою деятельность, а исполнительный орган, ввиду уничтожения акта, приступил бы к взысканию с имущества, находящегося у третьего лица, исполняя тем не решение суда, постановленное в пользу кредитора по иску об уничтожении акта, а просьбу взыскателя, ссылающегося на решения и по главному требованию, и по иску о недействительности акта. Тут же суд, по уничтожению акта, постановляет решение о способе взыскания с третьего лица, и исполнительный орган уже исполняет это решение, то есть решение по иску об уничтожении акта, а не по главному требованию кредитора.

Ближайшим последствием признания акта недействительным является признание имущества, перешедшего по акту к третьему лицу, как бы входящим снова в имущество должника²⁶⁷. Мы го-

²⁶⁷ Это очевидное для А.Х. Гольмстена затруднение с определением того, кому именно передается имущество после признания сделки недействительной («как бы должнику»), снимается в современной процедуре банкротства тем, что имущество поступает в конкурсную массу, что является формой возврата имущества должнику, но возврата со значительными правовыми ограничениями возможностей распоряжения таким имуществом. (*Прим. редактора*).

ворим «как бы», поскольку вместе с Гартманом²⁶⁸ допускаем именно такую фикцию. В действительности оно в состав его имущества не переносится, а почитается входящим туда в пределах той цели, ради которой оно отбирается от третьего лица. Отбирается же оно ради того, чтобы из него произвести взыскание в пользу кредитора. Только в этих пределах оно почитается принадлежащим должнику и становится объектом права судебного залога, установленного по требованию кредитора.

Это возвращение в число объектов взыскания может выразиться в различных формах, лишь бы производство взыскания стало возможным в такой форме, в какой, благодаря акту, оно стало невозможным²⁶⁹. И в этом отношении имеет значение различие актов, путем коих или к третьему лицу перешла известная вещь, или в его обладании находится известная сумма денег, или же в его пользу установлено известное право на вещь. Что касается первого случая, то самая вещь должна быть возвращена в число объектов взыскания, во втором, — должна быть выдана известная сумма денег, в третьем, — уничтожено право на вещь, чем и самая вещь увеличивает свою стоимость: в число объектов как бы вносится, благодаря этому, более ценная вещь. Самое возвращение вещи и уплата денежной суммы совершается в силу отпадения основания для дальнейшего нахождения их в обладании третьего лица, причем способы отпадения этих оснований крайне разнообразны. Так, если третье

²⁶⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 157.

²⁶⁹ Cosack. Указ. соч. С. 266.

лицо купило вещь у должника, то с уничтожением купли вещь возвращается в число объектов взыскания, — право судебного залога осуществляется в том смысле, что она продается с публичного торга, и из вырученной суммы удовлетворяется кредитор, а если остается излишек, то он возвращается третьему лицу. Если же сумма не покрыла долга, то недостаток остается за должником.

Если третье лицо приобрело вещь по давности и акт бездействия должника уничтожен, то вещь эта не приобретается по давности, а отбирается от ее владельца и продается. Может ли тут вырученная сумма, превышающая требование кредитора, быть возвращенной давностному владельцу? Несомненно, ибо акт уничтожен в пределах права кредитора, а свыше того предполагается, что продана вещь третьего лица.

Далее, третье лицо приобрело вещь ввиду отречения наследника от наследства. Акт отречения уничтожен, — это значит, что, благодаря его уничтожению, право на наследство снова предполагается в лице наследника-должника, и кредиторы обращают свое взыскание на наследство. Он прямо требует выдачи его и от других сонаследников, исходя именно из того, что наследство в определенной доле принадлежит его должнику. Презумпция принадлежности ему наследства ничем разрушена быть не может, ибо отречение, как бы временно ее разрушившее, уничтожено. Для того, чтобы обратиться с требованием на принадлежащее должнику имущество, кредиторам вовсе нет надобности, как думает Корн²⁷⁰,

²⁷⁰ Korn. Указ. соч. С. 71.

принимать наследство за него, в качестве как бы его преемников. Для применения идеи преемства к этому случаю вовсе нет основания. С уничтожением отречения наследство предполагается принадлежащим должнику (до доказательства противного, которое, однако, невозможно при данных обстоятельствах), и в принятии его еще кредиторами надобности не имеется. Если наследство состоит из вещей, оно продается с торгов, если из денег, то передается кредитору. Далее, если должник произвел уплату долга, то, как мы видели, по уничтожении акта уплаты долг в его лице продолжает существовать, и кредитор третьего лица, получивший долг, обязан возвратить полученное обратно. С него взыскивается то, что он получил, и он становится снова кредитором должника. Наоборот, если должник получил уплату от своего должника, третьего лица, то с уничтожением акта уплаты долг восстанавливается, и третье лицо, уплатив раз, производит вторичную уплату, — с него эта сумма взыскивается. Если должник простит долг своему должнику, долг почитается непросщенным и с него взыскивается, и т.д. Словом, в тех случаях, когда у третьего лица находится вещь, приобретенная по опровергнутому акту, то она возвращается *in natura* в число объектов взыскания. Если же у него находятся деньги, то они рассматриваются как долговые требования должника к третьему лицу, как бы оказавшиеся в числе объектов взыскания. И в том, и в другом случае осуществляется право судебного залога на вещь или на требование денежного платежа.

Возвращая вещь в число объектов взыскания, третье лицо передает ее со всеми принадлежностями

ми, приращениями и плодами, передает ее в том виде, в каком получило. По какому закону определяется эта ответственность, каков ее объем?

Оставляя в стороне вопрос о принадлежности и приращениях, остановимся сначала на вопросе о плодах²⁷¹. Ответственность за них может быть мотивирована различно. Так, Иекель, Цюрхер, Дернбург²⁷² и другие видят в третьем лице недобросовестного владельца и предлагают обсуждать вопрос о возврате плодов на основании правил о возврате имущества недобросовестным владельцем. Но Иекель, сознавая зыбкость почвы, на которой стоит, говорит, что в этом случае следует несколько расширить понятие недобросовестного владения. Несомненно, что *conscientia fraudis*, по существу, не может быть отождествляема с *mala fides*, ибо первая не оказывает никакого влияния на действительность титула приобретения, что всегда имеет место при *mala fides*²⁷³. Но это различие, по его мнению, несущественно, и только признанием тождественности можно объяснить обязанность тре-

²⁷¹ В римском праве вопрос этот разрешается различно, имеется ряд противоречащих друг другу указаний. Все сделанные попытки примирить эти противоречия ни к чему не привели. Hartmann. Указ. соч. С. 150–152, Reinhard. Указ. соч. С. 139–140, Schey. Указ. соч. С. 159.

²⁷² Iaeckel. Указ. соч. С. 150–152, Zürcher. Указ. соч. С. 43, Dernburg. Указ. соч. С. 294, п. 4.

²⁷³ Кажется, что здесь проявляется различие между общими основаниями недействительности сделок (*mala fide*, недобросовестность) и специальными основаниями недействительности в банкротстве (*conscientia fraudis*). (Прим. редактора)

тьего лица возвратить вещь со всеми ее плодами. Против такого обоснования решительно возражают Корн и Менцель²⁷⁴. Оба они в разных выражениях приводят то соображение, что положения, касающиеся вещных прав, не могут быть перенесены в область обязательственных отношений. Институт недобросовестного владения относится к области вещных прав, опровержение же актов — к области прав обязательственных. О недобросовестном владении говорят лишь при коллизии вещных прав, тут же коллизии никакой нет. Третье лицо вполне правомерно приобрело вещь, было ее собственником (а не владельцем, прибавляет Менцель). С другой стороны, недобросовестное владение, говорит Корн, предполагает знание со стороны владельца об отсутствии *justa causa* /законного основания/ его владения: он знает, что вещь принадлежит другому, чего в данном случае нет. Эти соображения, если иметь в виду любую из выработанных современной наукой теорий, имеют свою долю значения, но если стать на предложенную этими учеными точку зрения, то они окажутся несостоятельными.

Суть их в том, что мы в данном случае имеем дело не с вещным правоотношением. Мы же полагаем, что, хотя кредитор и не имеет никаких вещных прав на имущество должника, но, придавая обратную силу праву судебного залога, мы ставим данное отношение на чисто вещную почву. Действие должника рассматривается как нарушение права судебного залога, а путем этого нарушения имущество и перешло к третьему лицу. *Imploratio*

²⁷⁴ Korn. Указ. соч. С. 321, Menzel. Указ. соч. С. 237–241.

о возвращении имущества в число объектов взыскания имеет, сказали мы, много черт вещного иска и всего ближе подходит к *actio hypothecaria*. Залогодатель, положим, в силу соглашения (хотя в данном случае — в силу закона), не имея права продавать вещь, на которой лежит залоговое право, однако продал ее. Залогодержатель, уничтожив акт, требует от третьего лица возвращения вещи в состав как бы имущества должника. Если, как в данном случае, на стороне последнего *conscientia fraudis*, то он может сказать, что лицо это владеет *mala fide*, зная о существовании залогового права кредитора, то есть оно — *mala fidei possessor* /недобросовестный владелец/.

Тут именно имеется конкуренция вещных прав, причем право кредитора, то есть право залога, в его пользу установленное, связанное с неотчуждаемостью имущества, — лучшее право сравнительно с правом третьего лица. Лицо это — владелец вещи, но владелец, долженствующий отказаться от своего владения в пользу кредитора. Ссылка на то, что третье лицо не знало о том, что другое лицо имеет право на вещь, и что *mala fides* при недобросовестном владении заключается именно в этом знании, совершенно неверна. Ведь *mala fides* применяется не только к владельцу, к которому перешло право собственности путем нарушения этого права, — этим переходом могут быть нарушены и другие права. Понятие недобросовестного владения не только применяется к владельцу, от которого вещь отобрана по предъявлению к нему виндикационного иска, но и по предъявлении других исков, не исключая и *actio hypothecaria*. В силу этого обстоятельства,

и аргументация Иекеля, хотя тоже доказывающего применимость начал недобросовестного владения, нами не может быть признана удовлетворительной. Он строит все на том, что понятие *mala fides* несколько расширяется. *Conscientia fraudis*, по его мнению, не отождествляется с *mala fides*, потому что не влияет на действительность титула. Это неверно, ибо понятие *mala fides* настолько широкое понятие, что поглощает собой и владение, приобретенное путем акта, совершенного *cum conscientia fraudis*. Эта же последняя влияет на титул, делая недействительным акт, являющийся в данном случае титулом в известном направлении, а именно, в отношении к кредитору. Все ученые смотрят на *mala fides* как на знание того, что вещь принадлежит не владельцу, а другому лицу, — в этом же, несомненно, заключается и *conscientia fraudis*. Третье лицо, зная о намерении должника отчудить имущество в ущерб кредиторам, знает, что имущество это должно входить в состав имущества должника, служить предметом залога его кредиторов, быть объектом взыскания. Несмотря на это знание, оно все-таки приобретает вещь, становится ее владельцем.

Ввиду этих соображений мы и склоняемся в пользу применения к вопросу о возвращении плодов правил недобросовестного владения, но... *mutatis mutandis*.

Когда говорят об объеме ответственности лица, обязанного возвратить вещь, находящуюся у него *sine causa*, обыкновенно упускают из виду необходимость уравнивания интересов обеих сторон. У третьего лица вещь находится в недобросовестном владении, следовательно, оно должно возвра-

тить ее в том положении, в каком она находилась бы у лица, в имущество которого оно возвращается. Недобросовестным владельцем должно быть возвращено все, что он и извлек, и даже должен был извлечь из вещи. Лицо, требующее возвращения вещи, получает вещь *cum omni causa /со всеми принадлежностями/*, — оно ничего не должно терять. Оказывается, что все это так, когда имущество возвращается в действительное обладание лица, его требующего. Имение мое находилось в недобросовестном владении другого, — он должен мне все возвратить. Не то мы видим в случае возврата вещи в силу признания недействительным акта, посредством коего имущество перешло от должника к третьему лицу. Применение этой теории было бы слишком строго и несправедливо относительно третьего лица и слишком, совершенно незаслуженно благоприятно для кредитора, опровергнувшего акт. Имущество ведь не возвращается в действительности должнику, оно «как бы» возвращается в состав его имущества. Как мы сказали выше, оно возвращается условно, в точно определенных пределах, границах цели возвращения. Тут-то это всего резче и сказывается. В данном случае требует возврата не то лицо, в имущество коего вещь действительно должна была поступить, а кредитор, имеющий свое определенное требование не к третьему лицу, а к должнику. Объем этого права по отношению к должнику и определяет объем ответственности третьего лица. Насколько это право может быть удовлетворено должником, настолько и третье лицо несет обязанность возврата имущества. Легко может случиться, что проведенная последователь-

но ответственность третьего лица, как *malae fidei possessor*, окажется гораздо большей, чем фактически существующая ответственность должника по требованию кредитора. Ввиду этого приходится определить ответственность третьего лица с этих двух точек зрения. Право кредитора заключается в получении из имущества суммы, равняющейся сумме требования, причем он может лишь притязать на имущество в том его состоянии, в каком оно было бы, если бы находилось у должника во время прямого, непосредственного взыскания, обращенного на имущество должника.

Брать за исходную точку состояние имущества во время его отчуждения, как это делает римский юрист Сцевола²⁷⁵, нет основания. Интерес кредитора в том, чтобы получить путем уничтожения акта то, что ему причитается и что он получил бы с должника путем прямого взыскания. Для него важно именно то состояние имущества, в каком оно находилось бы, если бы это прямое взыскание было предпринято. Ему дела нет до состояния имущества в момент его отчуждения должником третьему лицу. Применим эти соображения к возврату третьим лицам плодов вещи. Господствующее в науке мнение то, что возврату подлежат все плоды, извлеченные третьим лицом за время владения вещью. Это в высшей степени несправедливо, как мимоходом заметили Козак и Грюцман²⁷⁶. Ведь благодаря применению этого положения кредитор получит с третьего лица гораздо больше, чем он получил бы

²⁷⁵ Scevola. Дигесты. 42.8.25. § 4.

²⁷⁶ Cosack. Указ. соч. С. 290, Grützmann. Указ. соч. С. 85.

с должника, если бы тот не совершал опровергнутого акта, а подчинился бы прямому взысканию.

Возьмем пример. У должника имение, стоящее 50 000 рублей; кредитор взыскивает причитающиеся ему 80 000 рублей и получает, по продаже имущества с торгов, эти 50 000 рублей. Но, допустим, должник продал имение *in fraudem creditorum*, покупатель владел имением и извлек из него за это время 10 000 рублей дохода. Если признавать необходимость безусловного возврата имения со всеми плодами, то, по уничтожении акта, кредитор от продажи имения с торгов получит 50 000 рублей и, кроме того, может взыскать с третьего лица 10 000 рублей. Значит, он получит 60 000 рублей, то есть, больше, чем он получил бы от должника прямо. Выходит, что третье лицо наказывается за совершение акта, а кредитор извлекает выгоду из акта, совершенного в его ущерб, так что на самом деле акт оказался совершенным не в ущерб, а в выгоду ему. Господствующее в науке мнение относится очень легкомысленно к вопросу о возвращении третьим лицом плодов вещи; ученые ограничиваются указанием на то, что возврату подлежат *fructus percepti, percipiendi i consumpti* /*плоды полученные, подлежавшие получению и потребленные*/²⁷⁷.

²⁷⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 167, Korn. Указ. соч. С. 232, Iaeckel. Указ. соч. С. 152, Völderndorff. Указ. соч. С. 115, Menzel. Указ. соч. С. 253–254. Хотя Козак (Указ. соч. С. 290) и говорит, что *fructus percipiendi* не возвращаются, но, с одной стороны, допускает возврат *fructus neglecti* /*плоды, подлежавшие получению, но не полученные вследствие упущений*/, а с другой, — по-своему понимает *fructus percipiendi*, потому-то Фельдерндорф напрасно приписывает ему мысль о невозвращении *fructus percipiendi* в общепринятом смысле.

Если исходить из той точки зрения, что возвращаются лишь те плоды, которые пришлось бы возвратить самому должнику путем прямого взыскания, если бы тот не совершил акта, то делаемый учеными перечень *fructus*, с одной стороны, слишком полон, с другой, — неполон. Он слишком полон, потому что в состав его вошли *fructus percipiendi*, которые ни в каком случае не возвращаются. Заставлять третье лицо возвратить стоимость плодов, которые оно могло извлечь из вещи, но не извлекло, значит, давать особую премию кредитору. Грюцман формулирует таким образом мысль Ульпиана и Сцеволы: неизвлечение плодов является отказом от приобретения, а не уменьшением имущества, а потому их стоимость не может быть потребована от третьего лица. В задачу настоящего исследования не входит интерпретация Дигест, а потому мы и не станем разбирать едва ли верное толкование Грюцмана. Для нас важно, что, по существу, мысль, якобы высказанная римскими юристами, безусловно, верна. Третье лицо не может отвечать в большей мере, чем отвечает сам должник перед своим кредитором. Должник, не рискуя, может воздержаться от новых приобретений, как мы выше видели, отказ от приобретения опровергнут быть не может, не может и третье лицо отвечать за уклонение от увеличения доходов с имущества, к нему поступившего от должника. С другой стороны, перечень *fructus* недостаточен — *fructus stantes* и *extantes* / *плоды, соответственно, неотделенные и отделенные от основной вещи*/ должны быть возвращены, но в какой мере? В этом весь вопрос. Если третье лицо еще не успело собрать плоды с купленного

имения, то оно возвращает их, как *fructus stantes*, так же, как *fructus percepti*. *Fructus consumpti* возвращаются не как потребленные плоды, извлечение коих последовало во время владения, а как потребленные плоды, которые должны были быть возвращены и должником, если бы он не продал свое имение. Ставя такое ограничение как необходимость возвращения плодов в том количестве, в каком они находились бы во время взыскания, мы берем за исходную точку состояние имения в этот момент. Плоды, находившиеся там, собранные и потребленные до этого момента, третьим лицом возвращаются по правилам о недобросовестном владении. Ввиду применения выставленного нами положения, конечно, необходимо, чтобы кредитор, требующий возвращения имущества с плодами, указал, какие плоды имелись бы во время взыскания, если бы оно было произведено кредитором в имуществе должника. Если они находятся налицо, то они поступают в число объектов взыскания, если их нет, то есть если они потреблены, то стоимость их может быть взыскана с третьего лица. Ответчику — третьему лицу, должно быть представлено широкое право возражения, дабы действительно констатировать количество плодов, находящихся в имении.

Говоря о *fructus naturales*, нельзя не указать на *fructus civiles*, на наемную плату и проценты. И к ним применяется выставленное общее положение: третье лицо возвращает первую и уплачивает вторые по день установления права судебного залога. В частности, относительно процентов надо сказать, что, когда третье лицо производит уплату их

по день взыскания, бесплодно обращенного на имущество должника, кредитор, очевидно, несет потерю. Он не получает процентов с этого дня по день получения платежа. На самом же деле, он ничего не теряет, так как право на проценты за этот промежуток времени за ним сохраняется, но не по отношению к третьему лицу, а по отношению к должнику. Получая удовлетворение путем взыскания, кредитор получает по день взыскания проценты. Они входят в состав его требования, но с третьего лица не могут быть взысканы. С него взыскивают капитал плюс проценты по день взыскания.

Против этого могут возразить, что, признавая более справедливым в интересах третьего лица ограничить его ответственность, мы создаем несправедливость для кредитора. Отсылая его к должнику, мы тем самым отказываем ему в таком праве, которое он имеет, — в праве на проценты, а между тем третье лицо, владевшее имуществом *sine causa* и *cum conscientia fraudis*, пользовалось этим капиталом, оставляя у себя проценты с него. На это только и можем возразить, что, во-первых, в этом-то и заключается уравнивание интересов сторон, — и та, и другая сторона должна терпеть известную долю неудобств во имя интересов противника. Кредитор получает от третьего лица вещь, третье лицо лишается имущества ввиду получения этой вещи, да еще с процентами по день взыскания. Справедливо ли освободить третье лицо от приплаты к тому, что кредитор получил бы прямо от должника? Во-вторых, хотя третье лицо и владеет *sine causa*, как я заметил выше, но это еще не значит, что кондикционный иск должен быть

применяем во всей своей суровости. Юридическая логика вовсе не требует, чтобы вещь была отображена от третьего лица безусловно *cum omni causa*. В этом-то и заключается относительная недействительность акта; он не становится ничтожным с падением всех его последствий во всех направлениях.

Вещь во время нахождения в составе имущества третьего лица может или улучшиться, или ухудшиться. Спрашивается: в какие отношения третье лицо становится к кредитору по поводу этих изменений вещи? Этот вопрос, конечно, должен быть решен на основании общих правил о возвращении вещи недобросовестным владельцем, причем, нет оснований делать отступления от этих правил. Тут за исходную точку можно брать состояние имущества во время его перехода к недобросовестному владельцу: если оно ухудшилось, то третье лицо подвергается взысканию суммы, являющейся разностью цены имущества в прежнем и в настоящем ее состоянии. Если же имущество улучшилось, то он может произвести вычет расходов на улучшение, насколько это допускается правилами о недобросовестном владении²⁷⁸.

Против права третьего лица на возмещение издержек улучшения имущества, в противность господствующему мнению²⁷⁹, высказался Гартман²⁸⁰. Аргументация его такая. *Во-первых*, нельзя сказать, что кредитор обогатился, воспользовавшись

²⁷⁸ Iaeckel. Указ. соч. С. 152, Cosack. Указ. соч. С. 259–260.

²⁷⁹ Korn. Указ. соч. С. 230, Cosack. Указ. соч. С. 260, Völdern-dorff. Указ. соч. С. 112.

²⁸⁰ Hartmann. Указ. соч. С. 170–171.

как объектом взыскания наличным улучшением. Из того, что третье лицо сделало издержки, нельзя выводить, что кредитор ими обогатился. Он получает лишь то, что ему надлежит по праву взыскания. *Во-вторых*, возмещение издержек неосуществимо, — зачет и ретенция /удержание/ невозможны, иск же не будет иметь оснований. *В-третьих*, если должник не имеет права на возмещение издержек улучшения, то и третье лицо этого права не имеет. Гартман предлагает признать за третьим лицом право на возмещение издержек только по отношению к должнику, к которому он и должен обратиться. Как аргументация, так и способ разрешения настоящего вопроса представляются неудовлетворительными.

Во-первых, обогащение кредитора несомненно; если он получил от продажи имущества, приобретенного третьим лицом, больше, чем он получил бы от самого должника, то он, очевидно, обогатился за счет этого лица. Акт, как мы заметили выше, оказывается совершенным не в ущерб, а в его пользу. Хотя кредитор и получил то, что ему причиталось от должника, но получил не из имущества должника, а из имущества третьего лица, затраченного на имение. *Во-вторых*, возмещаются издержки имущества таким же путем, каким третьему лицу возвращается излишек от продажи имущества с торгов в тех случаях, когда сумма требования кредитора менее стоимости имущества, приобретенного третьим лицом от должника и подлежащего продаже. Тут уже нет надобности ни в зачете, ни в ретенции, ни в иске. *В-третьих*, большая разница между самим должником и третьим лицом.

Если сам должник не может требовать возмещения издержек улучшения своего имени, то из этого не следует, что и третье лицо не имеет этого права. Ведь это азбучная истина, что только владелец «чужого» имущества, обязанный возвратить его, имеет право на возмещение издержек. Наконец, способ разрешения вопроса Гартманом неверен потому, что, как мы видели выше, третье лицо не может быть присуждено к совершению действий в пользу другого лица. *Negotiorum gestio* имеет юридическое значение лишь как добровольный акт.

Доктрина и законодательства издавна ставят в исключительное положение третье лицо, приобретшее вещь добросовестно по безвозмездному акту. Лицо это отвечает лишь *quatenus locupletiores facti sunt*, как говорит Ульпиан²⁸¹. Мы видели выше, что по отношению к одаренному всегда предполагается, что он находится *in conscientia fraudis*, причем это *praesumptio juris et de jure*. Раз совершен безвозмездный акт, он, без доказательства *conscientiae*, подлежит уничтожению. Имущество, полученное путем дара, возвращается в число объектов взыскания. Иное дело ответственность; объем ее определяется по фактическому положению вещей. Тут уже нет места применению начал одного недобросовестного владения. Вопрос о том, кого считать добросовестным приобретателем по безвозмездному договору, по-видимому, очень прост, но при ближайшем рассмотрении оказывается, что он дает повод ученым высказать весьма разнообразные воззрения. Они могут быть сведены к двум теори-

²⁸¹ Ульпиан. Дигесты. 42.8.6. § 11.

ям: теория отождествления *bona fides* и *ignorantia fraudis* и теория различения *bona fides* от *ignorantia fraudis*. Представителями первой являются Иекель, Отто и Корн²⁸². Она исходит из того положения, что для признания добросовестности лица вполне достаточно, чтобы оно не знало о намерении должника причинить вред кредиторам. Для внесения новых признаков недобросовестности нет никаких оснований, — пришлось бы создать особую категорию, с особыми признаками, стоящую между добросовестным и недобросовестным приобретением вещи. Не так рассуждают представители теории различения. Так, Козак, Фельдерндорф, Гартман, Кранихфельд²⁸³ и др. не довольствуются одной *ignorantia fraudis*; они еще уменьшают число случаев применения ограниченной ответственности одаренного. По его мнению, если одаренный мог, по зрелом обсуждении, прийти к заключению, что дар превышает силы дарителя, то он уже тогда почитается недобросовестным. Эти ученые создают нечто совершенно неуловимое, лишенное точно определенных границ. По их мнению, раз одаренный не был убежден в том, что акт совершен не ко вреду кредиторам, он уже недобросовестен. Словом, получается нечто расплывчатое, безбрежное. И к чему создавать новое внутреннее состояние — промежуточное между *bona* и *mala fides*?

²⁸² Iaeckel. Указ. соч. С. 161–163, Otto. Указ. соч. С. 184, Korn. Указ. соч. С. 190.

²⁸³ Cosack. Указ. соч. С. 299, Völderndorff. Указ. соч. С. 113–114, Hartmann. Указ. соч. С. 173–174, Kranichfeld. Указ. соч. С. 43.

Благодаря этому созданию теряется единство в отдельных моментах акта, совершенного *in fraudem creditorum*. Раз *conscientia fraudis* является таким моментом по отношению к третьему лицу по вопросу о признании акта недействительным, этот же момент должен иметь значение для определения ответственности. В новом, да еще совершенно неопределенном моменте надобности не имеется. Ввиду этого теории отождествления *bona fides* с *ignorantia fraudis* должно быть отдано несомненное предпочтение.

Но добросовестность одаренного дает ему право на ограниченную ответственность лишь до тех пор, пока это состояние продолжается. Недостаточно, чтобы одаренный в момент получения дара находился в этом состоянии. Он должен находиться в этом состоянии в течение всего времени своего владения. Тут *mala fides superveniens* /*последующая недобросовестность*/ имеет решительное значение. При вхождении ее, владение одаренного обращается в недобросовестное. Такое влияние, конечно, имеет и предъявление иска к одаренному, но влияние это оказывается лишь на последующее время²⁸⁴.

Переходим к самой ответственности добросовестного приобретателя по безвозмездной сделке. Выше мы уже не раз имели возможность указывать на то, что, несмотря на его *bona fides*, на его *ignorantia fraudis*, акт подлежит уничтожению. Но применение к нему суровых последствий, связанных с унич-

²⁸⁴ Iaeckel. Указ. соч. С. 164–165, Völderndorff. Указ. соч. С. 114–115, Hartmann. Указ. соч. С. 174–175, Cosack. Указ. соч. С. 299.

тожением акта, современная доктрина считает невозможным. Ответственность за все плоды, хотя и оказавшиеся у него во время взыскания с должника, ответственность за ухудшения, ограничения права на возмещение издержек неприменимы к добросовестному одаренному. Он отвечает *quatenus locupletiores facti sunt*, насколько он обогатился, *non ultra /не больше/*, — прибавляет Ульпиан с особым ударением. Это положение приняли современная доктрина и законодательство. Из слов Ульпиана сделали то заключение, ставшее общим мнением, что третье лицо отвечает за наличное обогащение, *auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung /обогащение, которое все еще существует/*²⁸⁵. Выставляется такое общее положение: третье лицо возвращает то, что еще находится в его руках и в том состоянии, в каком оно находится, не отвечая ни за ухудшение, ни за умаление стоимости. Если оно отчудило имущество, то возвращает эквивалент, только поскольку тот находится в его имуществе, хотя бы он и употребил его на свои надобности²⁸⁶. Из этого можно было бы сделать вывод, что третьему лицу дается возможность ничего не возвращать. Такое положение привело бы к тому, что лица одаренные спешили бы продать дар, а раз он продан, то доказать, что деньги, полученные в виде эквивалента, находятся в имуществе одаренного, невозможно. Словом, ответственность одаренного сводится к нулю. Ввиду этого, делается оговорка, которой желают спасти практическую бесцельность правила, а именно, го-

²⁸⁵ Windscheid. Указ. соч. С. 683.

²⁸⁶ Völderndorff. Указ. соч. С. 115–116.

ворят, что не всякое израсходование эквивалента почитается выбытием его из состава имущества. Если им уплачен долг или сделан необходимый расход, то в этих случаях одаренный обогащен и обязан возратить сумму, которая осталась в составе его имущества благодаря уплате долга или покрытию расходов из эквивалента. Можно ли подобной оговорке придавать серьезное практическое значение? Как доказать, какие именно деньги пошли на уплату долгов и покрытие расходов? Для кредитора это слишком трудно, для третьего лица слишком легко, а для суда создается невозможное положение — нет средств, которые бы убедили его, что такими, а не другими монетами произведена уплата. Если, с одной стороны, несомненно, желательно ослабление ответственности добросовестного одаренного, то, с другой, — современная доктрина дает такое толкование мысли Ульпиана, которое нельзя признать удачным. Если так понимать ответственность *quatenus locupletiores facti sunt*, то заслуга Ульпиана очень невелика. Получается несколько иная картина, если понимать обогащение так, как его понимал римский юрист: ответственность за обогащение не имеет места, если вещь не находится в составе имущества обогатившегося, вследствие того, что она погибла случайно, например, от пожара, наводнения и т.п., или украдена. Одаренный не отвечает и тогда, когда он безвозмездно ее отчуждил, уничтожил или употребил ее в свое удовольствие. Если же он возмездно отчуждил ее, то новое приобретение, полученное в эквивалент, у него отнимается. Например, если он обменял подаренную вещь на другую, то должен лишь выдать получен-

ную в обмен²⁸⁷. Если принять такое понятие обогащения, установленное еще Савиньи²⁸⁸, то мысль Ульпиана получает вполне определенный смысл и практическое значение. Против него можно лишь возражать, если не в принципе, то в применении к праву оспаривания актов.

Ответственность эта представляется нам слишком слабой. Конечно, надо, повторяю, ослабить ответственность *bona fide* одаренного, но тут слишком малая цена дается интересам кредиторов. Кредитор не получает удовлетворения благодаря тому, что, например, одаренный подарил вещь, или сжег ее, или обменял на вещь, имеющую только для него цену. Ведь он в этих случаях проявил свое расположение к другим, проявил каприз, удовлетворил свое эгоистическое чувство, наслаждался на счет кредиторов дарителя. Едва ли с современной точки зрения это может быть признано справедливым. Нам кажется, что вполне достаточно, если ввиду добросовестности одаренного поставить его относительно возврата имущества в положение добросовестного владельца. Это, *во-первых*, особенно ввиду ответственности за плоды, извлеченные до момента взыскания, будет вполне слабая ответственность. *Во-вторых*, этим несомненно удовлетворится интерес кредитора. *В-третьих*, сохранится связь с условиями опровержения акта, подлежащего уничтожению — при условиях *mala fides*. *В-четвертых*, получится в результате нечто, не противоречащее римскому праву. Например, Ве-

²⁸⁷ Korn. Указ. соч. С. 102–103.

²⁸⁸ Savigny. Указ. соч. Т. IV. С. 69–77.

нулей, говоря об обязанности одаренного возвратить плоды²⁸⁹, прямо указывает на ответственность *nescius /неосведомленного/*, основанную на более мягких началах²⁹⁰.

Наконец, нельзя не указать на вопрос о бремени доказывания в рассматриваемых случаях. Ученые решительно расходятся во мнениях, лежит ли обязанность доказать *mala fides* на кредиторе или *bona fides* на одаренном. Хотя Фельдерндорф²⁹¹ и полагает, что в настоящее время этот вопрос неважный, так как судейское убеждение складывается из суммы фактов, приводимых сторонами, но с этим согласиться нельзя, так как вопрос об очереди приведения этих фактов, а, следовательно, о доказывании, никогда не может потерять своего значения. Все разногласие между учеными сводится, в сущности, к тому, из какой презумпции следует исходить: *bonae* или *malae fidei* одаренного. Господствующее мнение²⁹² исходит из презумпции *bonae fidei* и требует, чтобы кредитор доказал, что одаренный обогатился. Факт обогащения есть факт правопроизводящий, который и должен быть приведен и доказан кредитором. Больше никаких доводов это мнение в свою пользу привести не может и оправдание себе находит лишь в том, что и доктрина, и законодательная комиссия боятся презумпции *malae fidei*. Более солидно мотивируется противоположное, несомненно, верное мнение, представляемое Корном

²⁸⁹ Venuleus. L.25. 4, 5 d.h. t.

²⁹⁰ Reinhard. Указ. соч. С. 114.

²⁹¹ Völderndorff. Указ. соч. С. 114.

²⁹² Iaeckel. Указ. соч. С. 164, Völderndorff. Указ. соч. С. 114.

и Козаком²⁹³: за исходный пункт берут презумпцию *malae fidei*. «Основанием опровержения, — говорит Корн, — являются дарение и принятие дара, уклонения же от нормы никогда не предполагаются. Одаренный отвечает по факту вполне, и если он желает умалить свою ответственность, то должен доказать *bona fides*, а также и все изменения, произошедшие в вещи». «Общее правило, — говорит Козак, — строгая ответственность одаренного, исключение же из него должно быть доказано. Одаренный должен привести и доказать факты, коими предположения эти исключаются и ответственность ослабляется». С этими соображениями нельзя не согласиться.

²⁹³ Korn. Указ. соч. С. 103, 104, Cosack. Указ. соч. С. 211.

Глава четвертая

Изменение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Изменения рассматриваемого права может происходить со стороны объективной или со стороны субъективной.

I. Объективное изменение. Изменение это заключается в замене взыскания уплатой соответствующей суммы. Замена эта может быть двух родов: добровольная и принудительная.

Добровольная замена взыскания уплатой денежной суммы. Между кредитором и третьим лицом может состояться соглашение, на основании коего вещь, подлежащая возврату в число объектов взыскания, остается у этого лица, а взамен того он обязуется уплатить соответствующую сумму денег. В этом случае, следовательно, право требовать возврата в число объектов взыскания обращается в право на денежный платеж. В полной правомерности такого соглашения и сомнения быть не может. Юридические последствия его заключаются в том, что право требовать возврата вещи теряет свое основание. Право это только и существовало ввиду того, что требование кредитора оказалось неудов-

летворенным. Если же третье лицо произвело удовлетворение, для кредитора теряется всякое основание требовать самую вещь²⁹⁴. Противиться такому соглашению должник, очевидно, не может; ему нет интереса делать это: это было бы простым проявлением каприза²⁹⁵. Он не может сослаться на то, что третье лицо не уполномочено производить удовлетворение кредитора за него. Конечно, negotiorum gestio теряет всякое юридическое значение, если dominus /здесь — лицо, в интересе которого совершается действие без поручения/ своевременно этому противится, но данный случай не таков. Тут уплата суммы, коей погашается долг, вместе с тем является платой за освобождение третьего лица от обязанности выдать вещь. Prima facie /на первый взгляд/ эта уплата имеет последнее значение, но, вместе с тем, она не теряет значения уплаты долга за должника. Как таковая, она порождает право регресса уплатившего третьего лица к должнику. При осуществлении этого права регресса должник может представить ряд возражений²⁹⁶. Быть может, третье лицо поторопилось уплатить? Нет в наличии условий опровержения акта? Быть может, оно уплатило слишком много? И т.п. Тут уже для должника имеется достаточный импульс выступить против невыгодных для него последствий этого соглашения, то есть против осуществления права регресса.

²⁹⁴ Korn. Указ. соч. С. 39–40, Cosack. Указ. соч. С. 267.

²⁹⁵ Оригинальное обоснование невозможности заявлять возражение по вопросу, объективно не затрагивающему интересы стороны по делу. (Прим. редактора)

²⁹⁶ Cosack. Указ. соч. С. 267, пр.5.

Признавая, таким образом, правомерность соглашения об уплате суммы долга вместо выдачи вещи, нельзя отрицать и обязательности предложения третьего лица для кредитора. Третье лицо имеет право уклониться от выдачи вещи, предложив кредитору сумму, равную его требованию. Тот не может от этого отказаться, ибо взыскание есть один из путей, посредством коих он достигает своей цели — полного удовлетворения. Путь этот не представляет для него никакого интереса, — ему лишь необходимо получить удовлетворение по требованию. Взыскание, в его пользу произведенное, есть принудительный путь удовлетворения. Цель его вполне достигается, если устраняется необходимость пользования этим путем и получается удовлетворение добровольное. Насколько общепринято правило в отношении между должником и кредитором, что добровольная уплата не дает кредитору права все-таки обратиться к судебному пути, настолько это положение должно быть применено и к данному случаю.

Между тем Иекель²⁹⁷ сомневается в обязательности для кредитора принять предлагаемую ему уплату. Если бы это было так, говорит он, то в процессе об уничтожении акта третье лицо могло бы воспользоваться тем возражением, что кредитор отверг предложенную ему уплату. Против этого Гартман²⁹⁸ справедливо возражает, что кредитор имеет право на удовлетворение, а не право на удовлетворение из определенного имущества. Если им от-

²⁹⁷ Iaeckel. Указ. соч. С. 147, пр. 6.

²⁹⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 161.

клоняется предложение третьего лица, то он ставит в себя *in mora accipiendi* /в положение принявшего/, то есть в такое положение, в каком он находился бы, если бы уклонился получить уплату прямо от должника. К этому следовало ему прибавить, что Иекель не объясняет, почему третьему лицу не предоставляется упомянутое возражение...

Принудительная замена взыскания уплатой денежной суммы. Когда вещь *in natura* не находится в обладании третьего лица, то кредитор приобретает право требовать взыскания денежной суммы: иск о возврате вещи обращается в иск денежный. С нашей точки зрения, вопрос этот разрешается очень просто: решающее значение имеет правило о добросовестном и недобросовестном владении. Недобросовестный владелец должен, в случае невозможности возвращения вещи *in natura*, уплатить сумму денег, равную тому, что кредитор получил бы, если бы вещь находилась у третьего лица *in natura*. Добросовестный же владелец уплачивает вознаграждение лишь в случае отчуждения, при случайной же гибели имущества он ответственности не подвергается²⁹⁹, тогда как случайная гибель, по справедливому замечанию Иекеля³⁰⁰, избавляет недобросовестного владельца лишь в том случае, когда он докажет, что вещь погибла бы и у должника еще до взыскания. Это вполне логичный вывод из того, что кредитор не должен получить при взыскании с третьего лица больше, чем он получил бы при взыскании

²⁹⁹ Steinbach. Указ. соч. С. 163.

³⁰⁰ Iaeckel. Указ. соч. С. 152.

с должника. Между тем, Козак³⁰¹ этого различия ответственности за основание не признает, а исключает безусловно во всех ситуациях ответственности за случай. Исходит он из того положения, что гибель имущества должна быть рассматриваемая как обстоятельство, сделавшее невозможным исполнение третьим лицом своей обязанности по отношению к кредитору. Это соображение, безусловно, неверно. К данному случаю нельзя применять положения договорного права: третье лицо не должник кредитора. Впрочем, это мнение Козака объясняется его взглядом на отношения между третьим лицом и кредитором, как на отношения обязательственные; взгляд, уже рассмотренный нами в первой главе.

II. Субъективное изменение. Субъективное изменение рассматриваемого права возможно в двух формах: в форме преемства и в форме соучастия.

Преемство проявляется на стороне кредитора и на стороне третьего лица.

Преемство на стороне кредитора. Право опровергать есть *accessorium /принадлежность/* права требования кредитора, а потому с переходом последнего путем сингулярного или универсального правопреемства, подобно поручительству и залогу, оно переходит к его правопреемникам³⁰². В частности, относительно сингулярного правопреемства, надо сказать, что уступка права опровержения отдельно от главного права не может быть

³⁰¹ Cosack. Указ. соч. С. 240–247.

³⁰² Jaeckel. Указ. соч. С. 166.

допущена в интересе должника³⁰³, — если бы это было допущено, то должник, удовлетворив третье лицо по его обратному требованию, оставался бы должником своего кредитора³⁰⁴.

Преемство на стороне третьего лица. Тут надо различать преемство *mortis causa* /в случае смерти/ от преемства *inter vivos* /между живущими/. В первом случае, наследник становится вполне в положение наследодателя; он при сохранении *status quo ante* /существовавшее ранее положение/ отвечает в той же мере, как и наследодатель, но при изменении в его лице субъективного момента меняется и ответственность. В тех случаях, когда *fides* его того же рода, как и в лице наследодателя, перемены нет, но если наследодатель находился *in bona fide* и соответственно этому должен был отвечать, а наследник находится *in mala fide*, или наоборот, то наследник до момента вступления в наследство отвечает так, как ответил бы наследодатель, а с момента вступления в наследство — сообразно тому, находится ли он *in mala* или *in bona fide*³⁰⁵. Что же касается преемства *inter vivos*, то интерес представляет лишь тот случай, когда третье лицо передает по тому или другому акту свои права на приобретенные им *in fraudem creditorum* должника вещи или права другому лицу. Спрашивается, при каких условиях это-то последнее лицо отвечает?

³⁰³ Cosack. Указ. соч. С. 305.

³⁰⁴ Menzel. Указ. соч. С. 301.

³⁰⁵ Menzel. Указ. соч. С. 261–267, Cosack. Указ. соч. С. 325–326.

Прежде всего, доктрина почти не останавливается на вопросе о том, в каком отношении находится право обращения к правопреемнику к праву требовать от самого третьего лица стоимость отчужденного им имущества. На это имеются лишь мимолетные указания, а именно, Гартман, Козак и Франке³⁰⁶ говорят, что обращение к тому или другому лицу зависит от кредитора и что он даже может одновременно привлечь обоих. Поставить эти два требования в известное соотношение настоятельно необходимо, — нельзя предоставить это одному усмотрению кредитора. Сделать это необходимо не только в интересах частных лиц: при возможности одновременного обращения и к третьему лицу, и к правопреемнику придется допустить взыскание и с того, и с другого, то есть двойное взыскание, как оговаривается и Козак; этого допущено быть не должно.

Поставить оба требования в определенные, ясные отношения необходимо и в интересе гражданского оборота. Уничтожение правомерных самих по себе актов есть нечто нежелательное; случаи допустимости этого уничтожения должны быть сведены к возможному минимуму, — только в крайних случаях они должны быть допустимы. Ввиду этой желательной экономии в разрушении юридических актов нельзя предоставить кредитору право сразу обратиться к правопреемнику и уничтожить акт, по которому имущество или право перешло к нему. Допуская это, мы открываем уничтожению

³⁰⁶ Hartmann. Указ. соч. С. 166, 167, Cosack. Указ. соч. С. 321, Francke. Указ. соч. С. 179, 181.

широкое поле. Будут уничтожены два акта: акт правопреемника с третьим лицом и акт этого лица с должником, тогда как можно было бы обойтись уничтожением лишь одного последнего, тем более, что кредитору совершенно безразлично, получит ли он удовлетворение путем взыскания с имущества третьего лица или его правопреемника. Потому-то следовало бы предоставить кредитору право обратиться к правопреемнику только в том случае, когда взыскание стоимости отчужденного имущества с третьего лица окажется безуспешным.

Признавая, таким образом, зависимость права обращения к правопреемнику от исполнимости решения суда, постановленного против третьего лица, не можем не остановиться на вопросе: имеет ли значение для этого права решение, постановленное в пользу этого лица; не пресекается ли этим решением возможность обращения к правопреемнику.

Вопрос этот решается в смысле отрицательном, причем, приводится то соображение, что *res judicata jus facit inter partes /судебное решение для сторон спора имеет силу закона/* и, следовательно, не может иметь обязательного значения для правопреемника. Право кредитора опровергнуть акт против правопреемника обусловлено (как увидим ниже) опровержимостью акта по отношению к третьему лицу. Кредитор, приводя этот факт, может приводить другие факты, а не те, которые им были приведены в процессе против третьего лица³⁰⁷.

³⁰⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 198–199, Otto. Указ. соч. С. 116, Jaeckel. Указ. соч. С. 117, пр. 24, Cosack. Указ. соч. С. 324.

Эти малосодержательные соображения не могут нас удовлетворить ни сами по себе, ни в связи с тем значением, какое мы придаем обвинительно-му решению против третьего лица³⁰⁸. Сами по себе они неудовлетворительны потому, что, *во-первых*, содержат в себе *contradictio in adjecto*.

Если речь идет о правопреемнике, то на него не может не распространяться сила решения, постановленного в пользу его правопродшественника, — юридически это тождественные лица. Преемник является именно той *pars /стороной/*, о которой идет речь. *Во-вторых*, если опровержимость акта по отношению к третьему лицу есть условие опровержения акта против его правопреемника, то что же, кроме судебного решения, является лучшим подтверждением неопровержимости решения в пользу третьего лица? Тут правило о *jus inter partes /закон между сторонами спора/* ни к чему и применять. *В-третьих*, конечно, кредитор может против правопреемника приводить и другие факты, и мы ниже увидим, что без этого он не может обойтись, но что же, спрашивается, из этого? Любой тяжущийся, проиграв процесс, через несколько лет надумает ряд несокрушимых доводов в свою пользу. Но разве это дает ему право требовать нового решения? Только факт, вновь обнаруженный, дает ему это право. То же самое и кредитор в процессе с правопреемником: то, что он может привести

³⁰⁸ Сейчас позиция А.Х. Гольмстена, которая приводится автором далее, представляется настолько самоочевидной, что кажется удивительным, почему в конце XIX века этот вопрос, вообще, мог вызвать такую дискуссию. (*Прим. редактора*)

другие факты, не приведенные им в первом процессе, не дает ему права вновь начать дело с правопреемником. В-четвертых, современная доктрина смешивает в этом случае силу решения с преюдициальностью³⁰⁹ — *exceptio praejudicii* /эксцепция, основанная на преюдиции/ далеко не одно и то же, что *exceptio res iudicata* /эксцепция, основанная на существующем судебном решении между сторонами спора/.

Так называемая отрицательная функция последней, то есть исключение нового решения по тождественному делу³¹⁰, в случае, если решение было оправдательным, весьма близка к функции *exceptio praejudicii*, но построена далеко не на одинаковых началах. Прежде всего, тождества лиц тут вовсе не требуется, а в иных случаях оно прямо исключается, например, когда одно правоотношение является предположением другого. Это мы видим в поручительстве: обязанность поручителя обусловлена осуждением должника. То же самое при очистке: обязанность продавца обусловлена осуждением покупателя, и т.д. В этих случаях *res inter alios iudicata est* /судебное решение вынесено между иными сторонами/, а между тем значение для не участвовавших в деле лиц имеет. Так и тут, мы имеем дело не с силой решения, а с преюдицией. Отношение между кредитором и правопреемником третьего лица обусловлено правоотношением

³⁰⁹ Renand. Указ. соч. С. 402, 434.

³¹⁰ См. Гольмстен А.Х. Принцип тождества в гражданском процессе (второе издание). С.-Петербург. 1884. С. 128–133, 201–206.

между кредитором и третьим лицом. Оправдательное решение по последнему уничтожает условие существования первого, — оно сложиться не может. Наконец, *в-пятых*, если мы поставим условием права кредитора обратиться к правопреемнику неосуществимость решения по его иску к третьему лицу об уничтожении акта, то последовательность заставит нас признать, что раз суд не признал права кредитора требовать уничтожения акта против самого третьего лица, то кредитор уже не может обращаться с иском к правопреемнику этого лица.

Выставив условием обращения кредитора к правопреемнику третьего лица безуспешность взыскания кредитора против самого этого третьего лица по иску об уничтожении акта, им совершенного, мы могли бы не выставлять условием этого обращения к правопреемнику опровержимость акта, совершенного правопреемником с должником. Это разумеется само собой. Если безуспешность взыскания является условием, то в этом условии уже заключается опровержимость акта. Если бы акт не был опровержим, то до взыскания дело бы не дошло. Безуспешность взыскания является условием обращения к правопреемнику лишь в том случае, когда есть возможность обратиться к самому третьему лицу или его наследнику. Если же возможности этой нет, то о безуспешности взыскания нечего и говорить, равно и об иске об опровержении акта. Когда кредитор обращается к правопреемнику, то тут-то и всплывает вопрос: является ли условием этого обращения опровержимость акта?

С нашей точки зрения, ответ только и может быть утвердительный: отсутствие возможности

обращения к третьему лицу не изменяет основного требования, имеющего место и при возможности обращения к этому лицу. Но и с точки зрения теории, не признающей связи между обращением к правопреемнику и требованием к третьему лицу, отчуждившему имущество или право, означенное условие выставляется, и понятно, почему. Если бы этого условия не выставлялось, то это значило бы, что возможно обращение кредитора к недобросовестному приобретателю имущества, приобретшему его от добросовестного третьего лица. Третье лицо, положим, не знало об *animus fraudandi* должника, а лицо, приобретшее от него имущество, знало это обстоятельство, — неужели от него можно требовать имущество? Верно замечает Козак³¹¹, что следует, по возможности, защищать приобретателей имущества. Все ограничения в праве оспаривания основаны на желании по возможности упрочить гражданский оборот. Добросовестное третье лицо, благодаря тому, что кредитор обратился к его недобросовестному правопреемнику, пострадает более, чем оно пострадало бы, если бы кредитор обратился прямо к нему. Например, он купил имущество *bona fide* за малую цену, продал его за большую. Кредитор обращается к недобросовестному приобретателю, отбирает имущество и продает его. Кредитор берет сумму, равную покупной цене. Приобретатель обращается с обратным требованием к третьему лицу, и оно уплачивает эту большую цену, тогда как раньше оно, благодаря отобранию имущества, лишилось бы меньшей суммы.

³¹¹ Cosack. Указ. соч. С. 307–308.

Но, независимо от этих соображений, есть еще одно. Знание добросовестным приобретателем *animus fraudandi* должника, как обстоятельство совершенно постороннее, по отношению к акту между должником и третьим лицом, — а именно об этом только и идет речь, — не может оказывать никакого влияния на действительность акта. Такое признание акта недействительным, так сказать, рикошетом, логически немыслимо. Нет моста, логически соединяющего вопрос о силе акта с вопросом о сознании приобретателя имущества о том, что должник действовал *cum animo fraudandi*. Грютцман³¹² совершенно верно замечает, что обязанность, проистекающая из *conscientia fraudis*, заключается только в том, чтобы сохранить имущество за кредиторами, а не в том, чтобы неопровержимо отчужденное имущество снова для них приобрести. Как можно, спрашивает он, нарушить права кредиторов, как можно стать перед ними ответственным вследствие заключения акта об отчуждении имущества, когда при незаключении этого акта кредиторы ни при каких условиях не получили бы отчужденного имущества, не имели бы права требовать его?

Несмотря на безусловную правильность этих соображений и мотивируемого ими правила, не все ученые это разделяют. Так, Отто находит вполне достаточным *mala fides* правопреемника при неопровержимости акта. По его мнению, акт, по которому правопреемник приобрел имущество противоправно, перпетуирует */делает постоянным/*

³¹² Grützmann. Указ. соч. С. 77.

действие убыточного акта. Это заключение неверно уже по одному тому, что перпетуации тут никакой нет. До отчуждения Verkürzungseffekt /*эффект сокращения*/ имеет один эффект, а по отчуждении — другое. До отчуждения эффект этот, юридически говоря, отсутствовал, убыточность не делала возможным опровержение, а по отчуждении, оказывается, она делала его возможным. Какая же это перпетуация, если до перпетуирующего обстоятельства было одно явление, а по его наступлении появляется другое?

Если, таким образом, mala fides правопробретателя, при неопровержимости акта против третьего лица, не дает основания кредитору обратиться к первому из них для возвращения вещи в число объектов взыскания, против должника направленного, то спрашивается, возможно ли такое обращение, наоборот, при опровержимости акта против третьего лица и bona fides правопробретателя?

Юрист Павел отвечает на этот вопрос отрицательно. Ссылаясь на Сабина, он говорит: «Bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus non tenere eum, si ab ipso debitore ignorans emerit /*добросовестный покупатель не несет ответственности, поскольку хитрость должна причинять вред только тому, кто ее допустил*/»³¹³. Из этого мы выводим a contrario /*от противоположного*/, что, по мнению Павла, для обращения кредитора к правопреемнику требуется, чтобы на его сторо-

³¹³ Дигесты. 42.8.9.

не была *mala fides*³¹⁴, — тут, с точки зрения Павла, стоящего на почве деликтной теории, будет иметь место *dolus* правопреемника, который ему и должен *posere /причинить ущерб/*.

Иначе говоря, ввиду вышеизложенного, для обращения к правопреемнику необходимо, чтобы *mala fides* была на той и другой стороне. С этим согласна и современная доктрина³¹⁵, видоизменившая мотивировку Павла лишь в том, что основанием ответственности правопреемника служит причастность его делу нанесения ущерба кредитору, причастность, проявившаяся в том, что он приобрел имущество, зная о намерении должника причинить ущерб своим кредиторам. В этом именно и должна заключаться *mala fides* правопреемника. Но тут, естественно, возникает вопрос: почему же для предъявления требования к правопреемнику необходима оспариваемость акта и, следовательно, наличие тех ее условий, которые касаются субъективной стороны акта, и нет необходимости в знании правопреемником всех обстоятельств, в которых выражается эта субъективная сторона, то есть и *animus fraudandi* должника, и *conscientia fraudis* третьего лица. Требуется лишь первая, а не вторая. Противоречия в этом усматривать нельзя. Наличие известных обстоятельств не то же самое, что знание об этих обстоятельствах. Для оспариваемости необходима *conscientia fraudis* третье-

³¹⁴ От такого вывода воздерживается Франке (Francke. Указ. соч. С. 478).

³¹⁵ Cosack. Указ. соч. С. 317, Völderndorff. Указ. соч. С. 135–136, Hartmann. Указ. соч. С. 198.

го лица, а для обращения требования к третьему лицу знание этой *conscientia* может и не требоваться. Да и по внутренним основаниям в знании *conscientia* третьего лица нет надобности. Требование это ставило бы кредитора в чрезвычайно затруднительное положение, — как доказать знание знания? — и делало бы самое право его обратиться к правопреемнику призрачным. Если правопреемник знает намерение должника причинить вред кредиторам, то этим дается уже достаточный повод делать его ответственным за приобретенное имущество. Франке³¹⁶ рассуждает совершенно справедливо, говоря, что, кто знает, что вещь, им приобретенная, отчуждена его контрагенту в ущерб кредиторам, тот должен иметь в виду возможность, что контрагент приобрел ее противоправным способом. Кто, невзирая на эту возможность, все-таки приобретет вещь, того следует считать одобренным противоправное поведение и, следовательно, ответственным за свое приобретение.

Что же касается самого знания о намерении должника причинить ущерб кредиторам, то относительно его понимания в литературе разногласия нет. Понимается под этим знанием знакомство с такими фактами, из которых видно, *во-первых*, что приобретение правопреемника основано на убыточном для кредитора правопреемственном акте, и, *во-вторых*, что акт совершен между должником и правопреемником при наличии сознания первым из них причинения вреда

³¹⁶ Francke. Указ. соч. С. 481.

кредиторам³¹⁷. Несколько иначе на эти два положения смотрит Фельдерндорф³¹⁸. Высказывая их, он им дает в дальнейшем такое объяснение, что вся делаемая им предпосылка оказывается стоящей вне связи с выводом. По его объяснениям, если наличный владелец знает, что осуществленное им приобретение происходит от сделки, совершенной в ущерб кредиторам, то отсюда уже следует сделать заключение, что он знал о намерении должника причинить вред кредитору.

Такое объяснение нас не может удовлетворить. Наличие ущерба от данной сделки должника сама по себе еще не указывает на сознание этого вреда. Если бы одно вытекало из другого, то незачем было бы требовать для опровержения акта субъективного элемента — намерения причинить вред. Всякая сделка, вредная для кредиторов, подлежала бы уничтожению безотносительно к тому, сознавал ли должник этот вред. Ввиду вышеизложенного о намерении должника причинить вред кредиторам, такое понимание субъективного условия уничтожения акта слишком широко. От вреда до сознания вреда далеко, а только при последнем можно говорить об опровержимости акта.

То же самое следует сказать о знании намерения должника: из того, что правопреемник знал о вреде, причиняемом кредитору, еще нельзя вывести, что он знал о сознании должником этого вре-

³¹⁷ Iaeckel. Указ. соч. С. 116, Völderndorff. Указ. соч. С. 134, Francke. Указ. соч. С. 479, Hartmann. Указ. соч. С. 199–200.

³¹⁸ Völderndorff. Указ. соч. С. 136.

да. Должник и не мог, скажем, предположить, что акт окажется вредным его кредиторам, а между тем оказалось, что вред произошел. Ясно, что правопреемник третьего лица тоже не может считаться знающим то, чего не мог знать его правопреемник.

Все изложенные нами положения об условиях ответственности правопреемника применяются, безусловно, к тем случаям, когда акт, путем которого имущество перешло к третьему лицу, совершается при действительном *animus fraudandi*, знание коего и требовалось от правопреемника. Естественно, возникает вопрос: как быть в тех случаях, когда акты между должником и третьим лицом или между третьим лицом и его правопреемником безвозмездны. Исключаются ли тут безусловно *animus fraudandi*, или он является действующим фактором, но в виде предполагаемого, презумптивного?

Что касается первого случая, то ученые склоняются в пользу того мнения, что знание правопреемником намерения должника причинить вред кредиторам требуется безусловно, какова бы ни была природа его отсутствия, то есть лежала ли она в самой сделке или вне ее. Первая имеет место относительно безвозмездных актов. Если акт безвозмезден, то относительно правопреемника не предполагается, что он знал о намерении должника. Намерение это, как мы видели, презюмируется, на самом деле его нет, поэтому и знать о нем правопреемник не может. От него может быть отобрано приобретенное им от третьего лица имущество, хотя бы третье лицо приобрело его

безвозмездно, только в том случае, если имел место *animus fraudandi* должника, и о нем знал правопреемник. Только в этом случае акт по безвозмездному характеру своему опровержим. Но если имущество отчуждено третьим лицом, то к приобретателю его требование предъявлено быть не может³¹⁹. Такое мнение встретило протест со стороны практика Фельдерндорфа³²⁰, который совершенно основательно признает возможность обращения к правопреемнику не только тогда, когда тот знал о намерении должника, но и когда он знал, что к его правопреемнику имущество перешло путем акта, подлежащего опровержению. Если закон выставляет относительно безвозмездных актов предположение, что они совершены *animo fraudandi*, то, конечно, правопреемник, зная о таком характере акта, признается знающим сам *animus fraudandi*. Насколько эти соображения основательны, можно видеть из следующего.

Если стоять на почве господствующего мнения, то придется санкционировать вопиющие факты: на глазах кредитора должник дарит свое имущество третьему лицу, с которого взять нечего, а это лицо продает имущество другому за хорошую цену. Выходит, что к этому приобретателю имущества, так как он ничего не знал о намерении должника, нельзя обратиться. Могут сказать, что это очень хорошо. Чем виновато это лицо,

³¹⁹ Otto. Указ. соч. С. 115, Korn. Указ. соч. С. 158, Menzel. Указ. соч. С. 216, Jaeckel. Указ. соч. С. 116, Cosack. Указ. соч. С. 320, Hartmann. Указ. соч. С. 199.

³²⁰ Völderndorff. Указ. соч. С. 136–137.

что его имущество перешло путем опровержения акта к его контрагенту, — оно было бы виновато в том случае, если бы знало, что имущество было подарено. Точно так же можно было бы сказать, чем виноват и одаренный, а между тем безотносительно к тому, знает или не знает он о намерении должника, имущество от него отбирается, — что справедливо относительно первого приобретателя, справедливо и относительно второго, третьего и последующих.

Переходя ко второму случаю, заметим, что вопрос о возможности обращения к правопреемнику, безвозмездно и *bona fide* приобретенному имуществу от третьего лица, к которому оно перешло от должника, действовавшего *animo fraudandi*, разделяет ученых на два лагеря: одни отрицают возможность обращения к правопреемнику, другие — признают. Что касается первых, то проводимая ими теория, которую можно назвать абсолютной, сводится к безусловному признанию того положения, что правопреемник должен знать о намерении должника, и в безвозмездных актах как таковых такое знание не предполагается, а должно быть доказано. Если правопреемник не знал о намерении должника, то он и не отвечает, будет ли самый акт, по которому имущество к нему перешло, возмездный или безвозмездный, — все равно. Представители этой теории — Корн, Гартман³²¹ и другие, исходят из того, что правопреемник, приобретая безвозмездно и *bona fide*, ни прямо, ни косвенно не нарушает прав кредиторов своего предшественника.

³²¹ Korn. Указ. соч. С. 161, Hartmann. Указ. соч. С. 199.

Отождествлять одаренного правопреемника с одаренным третьим лицом нельзя. Положения их различны, — последнему легче и удобней узнать, что дар сделан должником *in fraudem creditorum*. Относительно его и возможно предположение, что оно знает намерение должника. Правопреемник же третьего лица стоит далеко от должника и его кредиторов и не может знать всей обстановки заключения сделки.

Против этих соображений высказываются представители относительной теории, не видящие разницы между первым приобретателем имущества, то есть третьим лицом, и последующим, то есть правопреемником. Теория эта ставит их в одинаковое положение: раз имеется основание делать ответственным одаренного непосредственным должником, то нет оснований не делать ответственным одаренного третьим лицом. Основания ответственности остаются те же самые...

Козак, Франке, Иекель, Менцель³²² и другие приводят следующие возражения против абсолютной теории. *Во-первых*, если при непосредственном безвозмездном приобретении имущества от должника третье лицо обязано его возвратить, несмотря на фактическое отсутствие нарушения права кредитора, то при этих же условиях нет повода освобождать от ответственности и правопреемника. Между этими приобретателями нет разницы. Оба они без возмездия приобрели имущество, последствием чего был ущерб кредитора (Франке).

³²² Cosack. Указ. соч. С. 309, Francke. Указ. соч. С. 482–483, Iaeckel. Указ. соч. С. 114, Menzel. Указ. соч. С. 217, пр. 20.

Во-вторых, единственное желание провести принцип виновности с полной последовательностью не может быть оправдываемо. Соображения целесообразности тут должны преобладать над соображениями принципиальными (Менцель). И, действительно, чувство справедливости не может быть удовлетворено при виде кредитора, которому при непосредственном безвозмездном переходе имущества к третьему лицу позволяется обратиться взыскание на это имущество, а при посредственном безвозмездном переходе его к другому лицу — не позволяется. Да и третье лицо в первом случае едва ли может без основательного недовольства видеть, как второй и последующий безвозмездные приобретатели имущества освобождаются судом от всякой ответственности. Для них сознание единства проведенного в законе принципа — слишком малое утешение.

В-третьих, что касается различия в положении третьего лица и его правопреемника относительно большей или меньшей возможности знакомства с обстановкой, при которой сделка совершена, то, по справедливому замечанию Козака, это соображение теряет всякое значение ввиду опасности, которую можно ожидать от безответственного перехода имущества из рук в руки, и только потому безответственного, что переход этот безвозмезден.

Наконец, нечего останавливаться на вопросе о том, что правопреемник, которым возвращено имущество в число объектов взыскания, имеет право регресса к своему контрагенту, — применяются тут те же правила, как и в случае обращения взыскания к самому третьему лицу.

Соучастие

Субъективное изменение права кредитора опровергать акты, совершенные должником в его ущерб, возможно, как сказано выше, и в форме соучастия, то есть, когда имеются несколько лиц или на стороне кредитора, или на стороне третьего лица.

Соучастие на стороне кредитора. В вопросе этом, по справедливому замечанию Корна³²³, имеется целый ряд недоразумений. Нам кажется, что главнейшая причина этих недоразумений заключается в недостаточно резком разграничении содержания, составных частей права кредитора опровергать акты, совершенные должником. Из отдельных соображений ученых видно, что они имеют в виду то ту, то другую составную часть, и соображения, касающиеся одной, переносят на другую или говорят об этих частях нераздельно.

Согласно вышеизложенному, мы различаем право кредитора требовать уничтожение акта от его права требовать возвращения имущества в число объектов взыскания. Что касается первого из этих прав, то Козак³²⁴ прав в том, что видит в нем признак солидарности, и возражение Корна³²⁵, будто бы тут имеется не солидарность, а стечение титулов залогового права, не основательно, потому что относится не к праву требовать уничтожения акта, а к праву требовать возврата вещи. При стечении прав кредиторов на уничтожение залоговая точка зрения не дает ничего для разъяснения во-

³²³ Korn. Указ. соч. С. 236.

³²⁴ Cosack. Указ. соч. С. 228.

³²⁵ Korn. Указ. соч. С. 235.

проса. Зато она даст все для разъяснения вопроса о стечении прав требовать возврата. Стечение залоговых прав по отношению к праву требовать уничтожения акта сохраняет лишь то значение, что один из кредиторов, осуществляя это право, является лишь инициатором в осуществлении права судебного залога, он первый делает начальные шаги к осуществлению этого права. Делать то же самое остальным кредиторам нет надобности. Они, как сейчас увидим, делают лишь дальнейшие шаги в осуществлении права судебного залога, каждый за себя, — и тут уже о солидарности и речи быть не может.

Итак, в праве требовать уничтожения акта мы видим если не солидарное право требования по какому-то обязательственному отношению, то простое право, как *accessorium* права по главному требованию с признаками солидарности. Солидарность эта заключается в том, что, когда один из кредиторов требует уничтожения акта в полном объеме, то остальные могут и не требовать этого. И без того они могут воспользоваться выгодами уничтожения акта. За ними сохраняется право требовать возвращения имущества в число объектов взыскания, хотя бы не все они, а лишь один из них очистил, так сказать, поле для взыскания. Осуществлением права уничтожения акта одним из кредиторов прекращается это право и для других, — они не могут его осуществить. Им предоставляется лишь пользоваться этим правом. Решение суда о недействительности акта распространяется и на них, — в их глазах акта не существует. Но мы должны оговориться, что эта со-

лидарность имеет место лишь в том случае, когда кредитор — инициатор, требует уничтожения акта в полном объеме, что, в свою очередь, возможно только тогда, когда сумма акта равна или меньше суммы его требования. Если же сумма акта больше суммы требования, то, по требованию одного из кредиторов, акт уничтожается лишь в размере его требования. Чтобы воспользоваться выгодами взыскания, остальным кредиторам необходимо требовать уничтожения той части акта, которая осталась неуничтоженной как превышающая сумму требования первого кредитора, — к этому случаю идея солидарности не применяется³²⁶.

Обращаясь к принадлежащему нескольким лицам праву требовать возврата имущества в число объектов взыскания, мы видим, что большинство соображений ученых касается именно этой составной части права кредитора опровергать акт, и притом, главным образом, вопроса: какое соотношение прав кредиторов имеется в случаях их стечения? Если иметь в виду нашу теорию опровержения актов, то вопрос разрешается очень просто, — мы видим здесь случай стечения судебных прав, установленных в одном объекте в пользу нескольких лиц. А если так, то вопрос об их соотно-

³²⁶ Здесь и в дальнейшем изложении снова проявляется то затруднение, которое было связано с оспариванием сделок должника одним из кредиторов в индивидуальном порядке, как бы в своей части, которое в современном законодательстве разрешено тем, что сделка оспаривается в процедуре банкротства в интересах всех кредиторов и, соответственно, признается недействительной полностью, а не в части. (*Прим. редактора*)

шении и осуществлении ими этих прав разрешается таким образом, как будто бы объект этого залога и не находился вовсе в обладании третьего лица, а продолжал находиться в обладании самого должника. Словом, вопрос сводится к применению правил процессуального законодательства о стечении взысканий. Но это применение возможно, когда кредиторы, имеющие исполнительные акты, являются одновременно и требуют возврата имущества в число объектов взыскания. В этом случае происходит равномерное удовлетворение.

Более сложным представляется тот случай, когда уже по удовлетворении одного из этих кредиторов являются другие. Какое значение имеет удовлетворение этого кредитора для других?

Козак³²⁷ применяет к этому случаю идею солидарности, хотя этим он лишь дает известную юридическую квалификацию господствующему в науке мнению³²⁸, что если один из кредиторов путем взыскания получил удовлетворение, то остальные уже не могут предъявлять к третьему лицу никаких требований. Лицо это исполнило свою обязанность, и нет основания требовать от него ее вторичного исполнения, разве бы остался *hyperocha /излишек/* — запоздавшие кредиторы имеют право на этот излишек.

Иную квалификацию дает этому мнению Корн. Он отрицает применение идеи солидарности. По его мнению, удовлетворение одного из кредиторов оставляет в полной неприкосновенности права

³²⁷ Cosack. Указ. соч. С. 228.

³²⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 161–162, Otto. Указ. соч. С. 240–241, Völderndorf. Указ. соч. С. 108, Jaeckel. Указ. соч. С. 153–154.

другого, как главные, так и придаточные (Beirecht), то есть на уничтожение акта. К тому же один залоговый титул не может исключить другого, особенно титул погашенный. Так что, в принципе, удовлетворение одного кредитора не погашает прав другого, но ввиду того, что права кредиторов на опровержение акта касаются одного предмета, положение вещей изменяется. Раз кредитором осуществлено право судебного залога, он имеет право на получение вырученной от продажи суммы, а на долю остальных остается разве *hyperocha*, если таковой излишек имеется, если же и его нет, то они осуществить свое право опровержения до конца не могут.

Входить в критическую оценку этих двух квалификаций нет надобности ввиду неразделяемого нами воззрения, что получением одним из кредиторов удовлетворения путем взыскания погашаются безусловно права остальных. Если исходить из безусловно верного мнения Корна, что при наличии нескольких кредиторов, имеющих право опровержения, имеется стечение залоговых титулов, то придется не только в принципе, но и вообще при единстве предмета взыскания, признать, что эти титулы имеют совершенно одинаковые права на существование и осуществление. Осуществление одного в ущерб другим будет явлением неправомерным. Факт запоздания кредитором до конца осуществить установленное в его пользу право не должен влечь за собой потери этого права. Третье лицо знало, конечно, что на имуществе, находящемся в его обладании, стеклось несколько судебно-залоговых прав, и, допустив конечное осуществление права залога одним из кредиторов,

оно повинно перед остальными. Оно должно было во время взыскания заявить, что имеются, кроме данного, еще другие права на взыскание. Если оно этого не сделало, то само собой понимается, что оно действовало *animo fraudandi*, и кредитор, оставшийся без удовлетворения, имеет право на денежное вознаграждение сообразно размеру его требования.

Например, уничтожен акт по имуществу, которое было продано за 10 000 рублей. Требование кредитора, обратившего на него взыскание, — 15 000 рублей. Требования же запоздавших кредиторов: первого в 5 000 рублей, второго — 10 000 рублей. Кредитор-взыскатель получает 10 000 рублей, а запоздавшие — ничего. Последние могут предъявить к третьему лицу требование в 5 000 рублей: первый в 1 667 рублей, второй в 3 333 рубля. Эту сумму они получили бы, если бы третье лицо действовало правомерно³²⁹. Нет оснований отнимать у них пра-

³²⁹ На этом примере видно отличие подхода А.Х. Гольмстена от современного понимания принципов распределения конкурсной массы (которой, в данной ситуации, можно условно отнести вырученные от продажи имущества 10 000 рублей). При оспаривании сделки в рамках банкротства, как это делается сейчас, 10 000 рублей были бы распределены между кредиторами пропорционально размеру их требований, т.е. первый кредитор получил бы 5 000 рублей, второй — 3 333 рубля, а третий — 1 667 рублей, но это при условии, что второй и третий кредиторы своевременно заявили свои требования и не пропустили срок закрытия реестра. Если же они, как говорит А.Х. Гольмстен, «запоздали» с заявлением требований, то первый кредитор получил бы 10 000 рублей, а второй и третий остались бы ни с чем. (*Прим. редактора*)

во на ее получение только потому, что они не довели до конца осуществление залогового права, в их пользу судом установленного.

Непоследовательность господствующей доктрины о погашении права опровержения кредитора, ввиду прекращения этого права путем взыскания в лице одного из них проявляется всего резче в том случае, если удовлетворение этого кредитора произошло путем денежного платежа. Чтобы быть последовательным, следовало бы и тут признать, что, коль скоро один из опровергших акт кредиторов получил уплату, все остальные лишились своих прав требовать от третьего лица возврата имущества.

К числу таких последовательных представителей доктрины принадлежит Козак³³⁰. Он допускает широкое право выбора на стороне третьего лица, — кого из кредиторов оно желает удовлетворить, того и удовлетворяет, а остальных отстраняет. И это серьезно считается целесообразным и справедливым.

Менцель³³¹ совершенно основательно говорит, что это — зло, которое должно быть устранено хотя бы косвенным путем. А именно, он предлагает считать третье лицо ответственным ввиду того, что по его вине стало невозможным осуществление притязаний запоздавших кредиторов. Конечно, это косвенный путь, пригодный только для законодательства, склоняющегося в пользу господствующей доктрины. Но, рассуждая *de lege ferendae*, надо признать безусловное преимущество воззрения, по ко-

³³⁰ Cosack. Указ. соч. С. 228–229, см. также Iaeckel. Указ. соч. С. 153–154.

³³¹ Menzel. Указ. соч. С. 291.

торому одинаково разрешается и случай удовлетворения одного из кредиторов путем взыскания, и случай удовлетворения его платежом. В действительности получились бы в первом случае возмутительные результаты. Кредитор, которому третье лицо благоволит, получает удовлетворение, другие не получают и должны с этим примириться.

Гартман³³², в противоположность Козаку, принадлежит к непоследовательным представителям господствующей доктрины. Он допускает погашение права кредиторов при удовлетворении одного из них путем взыскания и не допускает — при удовлетворении путем уплаты. Но он ограничивается лишь выражением сомнения в возможности разрешения второго случая одинаково с первым. Среднего мнения держится Экциус³³³, он различает предметы, подлежащие возвращению в число объектов взыскания, а именно, определенные вещи и денежные суммы. В последнем случае он признает, что уплатой этой суммы одному из кредиторов погашаются права остальных, в первом же случае, если третье лицо вместо возврата вещи уплатило кредитору, то оно сделало это на свой страх и не может противиться обращению запоздавшими кредиторами взыскания на находящееся у него имущество.

Такая смешанная теория не выдерживает критики. Юридически, в этом случае разница в объектах взыскания не имеет значения. Будет ли кредитор требовать возврата денежной суммы или извест-

³³² Hartmann. Указ. соч. С. 163.

³³³ Eccius. Указ. соч. С. 620.

ной вещи — это безразлично. Получил ли он денежную сумму, которую должен был получить прямо от третьего лица, или он получил ее путем публичной продажи имущества, не может иметь влияния на права других кредиторов. И в том, и в другом случае третье лицо совершает неправомерное действие в нарушение залоговых прав кредиторов, — различно обсуждать эти случаи нет основания.

С нашей точки зрения, и уплата, произведенная одному из кредиторов, не погашает прав остальных, и они вправе обратиться взыскание на имеющееся у третьего лица имущество. Все различие между этим случаем и удовлетворением кредитора путем взыскания в том, что в первом из них, как мы видели, за запоздавшими кредиторами признается право на вознаграждение, за вычетом того, что по соразмерности причиталось уже удовлетворенному кредитору. Во втором же случае они — буде их требования меньше стоимости имущества — получают полную сумму, вырученную от продажи.

Соучастие на стороне третьего лица не вызывает и не может вызвать никаких затруднений. Если несколько лиц приобрели имущество или право от должника, и по отношению к каждому из них имеются в наличии условия ответственности, то отвечает каждый за то, что он получил. Но если имущество, подлежащее возврату, неделимо, то неделима и ответственность³³⁴.

³³⁴ Menzel. Указ. соч. С. 252, Korn. Указ. соч. С. 58, Cosack. Указ. соч. С. 264, Hartmann. Указ. соч. С. 172.

Глава пятая

Охранение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Право кредитора опровергать акты охраняется как иском, так и возражением. Что касается первого, то иск этот³³⁵ может быть предъявлен всяким кредитором при наличии указанных условий опровержения. Ответчиком по этому иску является третье лицо³³⁶. С точки зрения деликтной теории и теории исключительной охраны интересов кредитора, это мотивируется очень легко. Третье лицо участвовало в совершении деликта, на третье лицо возлагается обязательство *ex lege*, оно, и никто другой, не может являться ответчиком. Но, с точки зрения исполнительной силы решения, вопрос как будто бы осложняется.

³³⁵ Иск этот, *actio Pauliana*, имеет свою чрезвычайно интересную историю, вызвавшую целую литературу, см. Reinhart. Указ. соч. С. 1–92, Mankiewitz. Указ. соч. С. 1–37, Grützmann. Указ. соч. С. 1–10, Schey. Указ. соч. С. 184–195.

³³⁶ Венулей (Дигесты. 42.8.25. § 7) утверждает, что и против должника может быть предъявлен этот иск. Шенеман (Указ. соч. С. 44) замечает, что это не имеет практического значения, ибо имущество находится не у него, а у третьего лица.

На самом же деле и тут затруднений нет. Гартман³³⁷, представитель этой теории, говорит, что иск этот может быть направлен только против приобретателя имущества, ибо конечная цель опровержения акта — возврат противоправно доставшегося имущества, которое и находится в обладании третьего лица. С точки зрения нашей теории, примыкающей к теории исполнительной силы решения, предъявление иска против третьего лица мотивируется также и существом отношения. Кредитор осуществляет право судебного залога относительно имущества, переданного нарушителем его залогового права третьему лицу. Нахождение объектов взыскания у этого лица является сильным указателем на то, что именно к нему, а не к кому-то другому иск может быть предъявлен. Вящим подтверждением этому служит его *conscientia fraudis*, действительная или предполагаемая. Без этого последнего признака теряется различие между этим лицом и всяким другим противоправным обладателем объектов взыскания. И в этом особенность иска об опровержении акта — та сторона его содержания и права опровержения, которая касается права на возврат имущества, хотя не придавая ему значения *actio in rem /вещного иска/*, тем не менее уподобляет его этому *actio*. Различие его от этого последнего и заключается в том, что иск об опровержении акта может быть предъявлен не ко всякому обладателю имущества, в лишь к тому, который обладает *conscientia fraudis*.

³³⁷ Hartmann. Указ. соч. С. 60.

Затем, в дальнейшем мы видим, что в процессе по иску об опровержении акта, кроме истца и ответчика, могут участвовать и третьи, в процессуальном смысле, лица. Так, все лица, к которым одна из сторон может предъявить обратное требование, могут вступать в процесс в качестве пособников. Сюда, прежде всего, принадлежит сам должник. Мы видели выше, что третье лицо, от которого взыскано имущество, может обратиться с требованием к должнику, — должник, имея интерес в исходе процесса, очевидно, может вступать в качестве пособника³³⁸. Но это общепринятое мнение находит себе противника в Кранихфельде³³⁹, который не допускает пособничества должника, потому что на его стороне нет такого интереса, который давал бы ему право вступить в качестве пособника. Таким интересом нельзя признать его желание, чтобы тот или другой из обоих его кредиторов, то есть или первоначальный его кредитор, или третье лицо по обратному требованию получило ранее удовлетворение. Против этого Отто³⁴⁰ справедливо возражает, что право регресса, которое третье лицо имеет к должнику, заставляет признать за последним достаточный интерес для участия в качестве пособника. К этому надо прибавить, что едва ли

³³⁸ См. Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. — С.-Петербург, 1885. — С. 77–79. Jaeckel. Указ. соч. С. 193, Otto. Указ. соч. С. 239, Hartmann. Указ. соч. С. 181. Менцель (Указ. соч. С. 295) требует для вступления должника в качестве пособника согласие третьего лица, не объясняя причины этого требования.

³³⁹ Kranichfeld. Указ. соч. С. 47.

³⁴⁰ Otto. Указ. соч. С. 240.

найдется должник, сознающий грозящую ему невыгоду и знающий о возможности отвращения последней путем вступления в процесс, который будет думать о таком вздоре, как порядок удовлетворения двух кредиторов. Кроме должника, в роли пособника может фигурировать и правопреемник его. Но возможно ли привлечь этих лиц путем *litis denuntiatio* /процессуальное извещение ответчику/? И в этом вопросе Кранихфельд³⁴¹ один высказывается в отрицательном смысле, ссылаясь на то, что притязание третьего лица основано на их особом частноправовом отношении. И против этого Отто справедливо возражает, что если в этом видеть препятствие к привлечению должника, то, вообще, *litis denuntiatio* никогда невозможно, ибо оно всегда основано на особом отношении привлекающего к привлекаемому.

Что касается суда, которому подсуден иск об опровержении акта, это спорный вопрос. Предложены были самые разнообразные основания подсудности. Представителям деликтной теории всего более пристало бы принять *forum delicti commissi* /суд места совершения деликта, правонарушения/. Корн и Отто остались верны деликтной теории³⁴². Но *forum delicti commissi* не может быть применено уже потому, что в основании иска не лежит деликт³⁴³. Независимо от того, это основание подсудности неприменимо к тем случаям, в которых, по сознанию самих представителей деликтной

³⁴¹ Kranichfeld. Указ. соч. С. 46–47.

³⁴² Korn. Указ. соч. С. 255, Otto. Указ. соч. С. 231.

³⁴³ Jaeckel. Указ. соч. С. 185.

теории, нет деликта, а именно, при добросовестном приобретении по безвозмездному акту. Отто, ввиду этого, предлагает применить к этому случаю *forum solutionis contractus /суд места исполнения договора/*, приведя то соображение, что тут иск направлен на уничтожение (*Aufhebung*) отчуждения, всего чаще совершающегося в форме договора. В этой аргументации кроются все недостатки аргументируемого положения. *Во-первых*, в случаях безвозмездного отчуждения всего чаще встречается договорная форма, а где ее нет, какое основание подсудности принять? *Forum delicti commissi* или другое какое? *Во-вторых*, для исков однородных даются два различных основания подсудности, из-за того, что в одном речь идет об акте возмездном, в другом, — безвозмездном; в одном имеется действительный *animus fraudandi*, в другом его может и не быть. *В-третьих*, предлагается распространение правил о подсудности исков по договорам на акты, от них отличные, — это противно мысли законодателя, установившего это правило только для договоров.

Господствующее в науке мнение склоняется в пользу отсутствия надобности в каком-либо одном специальном основании подсудности для исков об уничтожении акта³⁴⁴. Применены должны быть правила процессуального законодательства

³⁴⁴ Сейчас данная проблема снимается в силу того обстоятельства, что сделки должника оспариваются в рамках единого дела о его банкротстве, а оно, в свою очередь, возбуждается по месту его нахождения или месту жительства. Поэтому не возникает вопроса о том, в каком именно суде должна оспариваться та или иная сделка. (*Прим. редактора*)

о подсудности, смотря по характеру данного иска. Не выставляя общего правила, ученые указывают, какие основания подсудности, по их мнению, не должны быть применяемы, какие ограничения в этих случаях должны быть установлены.

Козак³⁴⁵ прямо указывает примерами на применимость места жительства ответчика, места исполнения договора и места исполнения решения, но не допускает применения места правонарушения и места нахождения имущества. Гартман³⁴⁶, не выставляя общего правила, перечисляет неприменимые основания подсудности, а именно: место исполнения решения, место исполнения договора и место нахождения имущества. Иекель³⁴⁷, допуская применение оснований подсудности, установленных для личных исков, а также место нахождения недвижимого имущества, исключает из числа допустимых оснований место исполнения договора и место правонарушения.

Господствующее мнение в основном его положении не может быть принято, потому что, *во-первых*, иск об уничтожении акта не проявляется в стольких разнообразных формах, чтобы к нему могли быть применяемы различные специальные основания подсудности. Единственное различие, могущее иметь в данном случае значение, это относится ли иск к движимому или недвижимому имуществу. Когда придется применять место исполнения договора, когда место исполнения решения, ученые

³⁴⁵ Cosack. Указ. соч. С. 226.

³⁴⁶ Hartmann. Указ. соч. С. 2728.

³⁴⁷ Iaeckel. Указ. соч. С. 185.

не говорят, да и сказать трудно. Оставить судебную практику и законодательство без всяких руководящих начал тоже нельзя. *Во-вторых*, самое разнообразие взглядов ученых этой группы указывает на то, что общая их точка зрения неверна. Исходя из одной и той же мысли об отсутствии надобности в специальных правилах, каждый создает свои правила и делает из них свои исключения.

Рождается вопрос, какие же основания подсудности могут быть предложены из шести оснований подсудности, указанных Корном, Отто, Козаком, Гартманом и Иекелем. О месте правонарушения мы уже говорили. Что касается места исполнения договора, то оно не может быть применено, *во-первых*, уже потому, что, устанавливая его для исков об исполнении договоров, законодатель исходил из той мысли, что, где должно было последовать добровольное исполнение, там всего удобнее требовать принудительного исполнения. В исках же об уничтожении акта речь идет не об исполнении, а о возврате полученного во исполнение акта. *Во-вторых*, это основание установлено для договаривающихся сторон, а третье лицо стоит вне договорного соглашения. *В-третьих*, в исках об уничтожении акта речь вовсе не идет о споре между договаривающимися сторонами³⁴⁸. Отношения между сторонами ими не затрагиваются, отношения эти сами по себе остаются в силе³⁴⁹. Неудовлетворительно и место исполнения решения, *во-первых*, по своей неопределенности. Ведь иск

³⁴⁸ Menzel. Указ. соч. С. 296, пр. 20.

³⁴⁹ Hartmann. Указ. соч. С. 28.

об уничтожении акта предъявляется, когда исполнение оказалось безуспешным. Быть может, его и вовсе не было, потому что оно не могло состояться. Довольно мудрено по такому основанию подсудности предъявлять иск. *Во-вторых*, допустим, что исполнение было, но, например, по продаже недвижимого имущества оказалось, что кредитор не получил полного удовлетворения. Неужели ему необходимо предъявить иск об уничтожении акта по месту нахождения уже проданного имущества? В этих случаях, а подобных им может быть множество, чисто случайное обстоятельство решает вопрос, где иск должен быть разрешен. *В-третьих*, хотя иск об уничтожении акта есть вспомогательный иск при исполнении решения, но из этого еще нельзя выводить, что он подсуден суду по месту исполнения решения³⁵⁰, — от предъявления его, ввиду целесообразности и удобства, какому-либо другому суду не теряется его значение, как вспомогательного иска. Наконец, против места жительства ответчика и места нахождения недвижимого имущества мы ничего возразить не имеем, — они и должны быть признаны.

Нам кажется, что спорный вопрос о подсудности должен быть решен таким образом. Иск об уничтожении акта, в сущности, есть иск, вызванный нарушением права судебного залога. Если требуется возвратить в число объектов взыскания движимое имущество, то, в силу правила *mobilia ossibus inhaeret* /букв., движимое имущество прикреплено к костям/, применяется общее основание подсуд-

³⁵⁰ Hartmann. Указ. соч. С. 27.

ности — место жительства ответчика. Но если требуется возврат в число объектов взыскания недвижимого имущества, иначе говоря, если, во-первых, предмет оспровергаемого акта является недвижимое имущество и, во-вторых, оно *in natura* находится во владении третьего лица, то всего целесообразнее и удобнее применить место нахождения недвижимого имущества. Первое из этих соображений было высказано Иекелем, но встретило то возражение со стороны Гартмана и др., что иск об уничтожении акта не есть *actio in rem*. Это теоретическое соображение не может иметь серьезного значения там, где речь идет об удобствах, а идет она именно при обсуждении вопросов о подсудности. Это возражение страшно слышать от Гартмана, который признает, как мы видели, условием легитимации ответчика обладание данным имуществом. Но и с нашей точки зрения, это возражение малосодержательно, так как мы неоднократно указывали, что в иске о возврате имущества в число объектов взыскания имеются некоторые черты *actio in rem*. Второе из этих положений необходимо выставить потому, что если недвижимая вещь уже не находится *in natura* у третьего лица, то к нему предъявляется требование о вознаграждении, которое, конечно, не подлежит суду по месту нахождения недвижимого имущества.

Что касается самого иска об уничтожении акта, то к вопросу о его основаниях применяются общие правила в том виде, как это уже не раз было нами указано в предшествующем изложении. Истец должен сослаться на эти основания, причем требуется указание на факты, при наличии коих акт мог бы

быть признан недействительным, и имущество могло быть возвращено в число объектов взыскания, или же это возвращение могло быть заменено денежной уплатой. Мысль об отделении иска о недействительности акта от *imploratio officii judicis*, относительно возврата имущества в число объектов взыскания, несмотря на свою теоретическую безупречность, не может быть проведена в процессе с полной последовательностью, а потому и иск кредитора должен быть направлен и на недействительность акта, и на возврат вещи или уплату денежной суммы.

Немало затруднений представляет вопрос о *возражениях*, которые могут быть предъявлены ответчиком — третьим лицом против требований кредитора. Выставить такое положение, что ответчик не может предъявлять никаких возражений против требования, насколько представляется заманчивым и само собой напрашивающимся, — ибо раз судебным решением признано его существование, оно стоит незыблемо, — настолько же и неосновательным. Тенденция современной доктрины как раз противоположна. Она стремится по возможности расширить круг этих возражений. Крайним выразителем ее является Отто³⁵¹, который никаких в этом отношении преград не ставит. Он допускает всякого рода возражения против требования, как касательно его возникновения и существования, так и его исполнительной силы. Мотивирует он это тем, что, *во-первых*, сила решения, признавшего требование кредитора, не распространяет-

³⁵¹ Otto. Указ. соч. С. 239.

ся далее спорящих сторон. В силу этого решения должник лишен права предъявлять возражения, для него оно обязательно, но третьего лица не касается. *Во-вторых*, если на кредитора возлагается обязанность представить исполнительный титул, это имеет именно то значение, что на третье лицо переносится тяжесть доказывания, что требования не существует, то есть предоставляется предъявлять всякого рода возражения.

Понятно, почему это крайнее мнение никем не принято. Что касается первого соображения, то оно само по себе верно, но, при сохранении его в полной неприкосновенности, все-таки, как увидим ниже, возможны случаи, когда третьему лицу не должно быть предоставлено право предъявлять такие возражения против требования, которые стоят вне пределов силы судебного решения. Второе же соображение, безусловно, несостоятельно само по себе. Необходимости предъявления кредитором исполнительного титула едва ли можно придавать лишь то значение, что, благодаря ей, переносится на ответчика тяжесть доказывания несуществования требования. Она имеет, как мы видели выше, свое особое значение, и, устанавливая его, нельзя и предположить, что из этого может быть сделан подобный вывод³⁵². Разве можно из установленного, например, законом требования, чтобы кредитор представил известный факт, обосновывающий его право всегда выводить, что требование это установлено именно с целью перенести тяжесть доказывания противного на должника? Если это

³⁵² Korn. Указ. соч. С. 19.

иногда и бывает, то далеко не всегда. Этого не бывает тогда, когда данному факту, приводимому истцом, придается безусловная сила. Например, факт признан судебным решением, облечен в законную форму и т.д. Тут исключается всякая возможность доказательства противного.

Господствующее мнение отводит ответчику известный круг, в пределах которого он может предъявлять против кредитора известные возражения. Все возможные в этом случае возражения могут быть сведены к двум группам: производные и самостоятельные. Первые черпаются из правовой сферы должника, последние — из правовой сферы самого третьего лица. Что касается *производных* возражений, то одни ученые допускают, другие не допускают их предъявления. Так, Иекель и Корн³⁵³ отрицают возможность их применения, приводя то соображение, что, *во-первых*, хотя сила решения и не распространяется на третьих лиц, но если условием опровержения акта является исполнительная сила требования кредитора, то этим уже указывается на действие исполнительного титула и против третьих лиц. Тем более что право опровержения связано с исполнительной силой требования, и цель его заключается в расширении круга тех предметов, из которых кредитор может получить удовлетворение. *Во-вторых*, возражения, почерпнутые из правовой сферы должника, суть так называемые *excceptiones ex jure tertii*, предъявление коих не допускается. Кроме этих соображений, нелишне

³⁵³ Iaeckel. Указ. соч. С. 17, Korn. Указ. соч. С. 19 (ссылается на сочинение Hinschius'a в *Anwulvs Zeitung*. 1866. № 79).

заметить и то, что, в-третьих, судебное решение, если и не создает нового права, то создает новое самостоятельное основание требования. Быть может, данного требования в действительности вовсе не было, или против него имелаась масса возражений, но раз решение постановлено, создается тождественное с прежним по содержанию и свободное от всяких возражений новое требование. Раз такое требование установлено решением, безусловно, исключается вопрос о том, существует ли оно по праву или противно праву.

Другие ученые, однако, высказываются не столь безусловно против производных возражений. Иесс и отчасти Козак³⁵⁴ дают отрицательную формулу: третье лицо не вправе предъявлять такие возражения, которые сам должник не мог бы предъявить. Такая формулировка — совершенно излишняя тонкость. Иесс не решается формулировать свою мысль положительно, потому что положение: третье лицо может предъявлять лишь те возражения, на которые может ссылаться должник, — будет неверно, ибо надо тут оговорить одно исключение. Исключение это — возражения чисто личного свойства, так называемые *exceptiones personae cohaerentes* /эксцепции, права на которые принадлежат определенным лицам/. Мысль этих ученых та, что, за исключением последних возражений, третье лицо может предъявлять возражения, которые открыты еще для самого должника. Например, оно может предъявить спор о подлоге акта, может указать на то, что должник произвел уплату

³⁵⁴ Cosack. Указ. соч. С. 38.

взамен взыскания, и, следовательно, что кредитор удовлетворен, и т.д. Но, с другой стороны, понятно само собой, что возражения, которые были уже сделаны должником и судом отвергнуты, и которых он не предъявлял и не может в данный момент предъявить³⁵⁵, не могут быть предъявлены и ответчиком — третьим лицом. Эту мысль в более категоричной и ясной форме высказывает Менцель³⁵⁶. Он делит возражения, названные нами производными, на две категории: возражения, которые могут быть предъявлены должником, и возражения, которые более не могут быть им предъявлены. Предъявление первых должно быть, вторых, — не должно быть допущено по соображениям, схожим с вышеизложенными.

Вторую категорию возражений образуют возражения *самостоятельные*. Черпая свои основания из сферы прав ответчика, они допускаются уже потому, что основания эти лежат за пределами силы судебного решения³⁵⁷. Сюда относятся, *во-первых*, возражения, основанные на особых правах ответчика, например, возражение о зачете, в тех случаях, когда иск об уничтожении акта направлен на получение денежного платежа. *Во-вторых*, возражение о том, что само требование кредитора к должнику подлежит опровержению, хотя, конечно, лишь в том случае, если ответчик в то же время креди-

³⁵⁵ Едва ли основательно и замечание Гартмана (Указ. соч. С. 66), что право возражения ответчика независимо от должника.

³⁵⁶ Menzel. Указ. соч. С. 45.

³⁵⁷ Jaeckel. Указ. соч. С. 18..

тор данного должника и акт совершен в его ущерб. *В-третьих, exceptio doli /возражение о допущенном обмане/* в широком смысле, то есть возражение, направленное против кредитора, добившегося судебного решения. Сюда относится возражение о симуляции, то есть соглашения кредитора и должника, в силу которого симулируется акт с тем, чтобы он был потом опровергнут³⁵⁸. Например, А. выдал Б. безденежное заемное письмо, по которому и состоялось судебное решение. Затем А. получает со своего должника В. платеж, не скрывая своего имущественного положения. Если Б. предъявит иск об уничтожении акта платежа и В. может доказать безденежность заемного письма, то отказывать ему в праве сделать это возражение нет основания.

Что касается доказательств в процессе опровержения актов, то тут применяются общие правила в том виде и с теми особенностями, как это изложено выше.

Наконец, в начале этой главы мы упомянули, что право кредитора опровергать акты охраняется и возражениями. *Reus in exceptione actor est /предъявлением возражений ответчик становится в положение истца/*. Понятно, что пользоваться этими возражениями кредитор, привлеченный третьим лицом, может при тех же условиях, как если бы он желал предъявить к последнему отдельное исковое требование. Так что, строго говоря, об этом случае нечего упоминать. Но есть в нем одна особенность, указываемая современной доктриной. Положение такого ответчика несколько

³⁵⁸ Hartmann. Указ. соч. С. 48, Otto. Указ. соч. С. 239.

облегчается с процессуальной стороны. Предлагается не требовать от него немедленного указания на исполнительную сторону акта. Ему дается срок для представления доказательств того, что акт обладает таковой силой³⁵⁹.

Такое облегчение весьма важно для ответчика и вполне целесообразно. Хотя, с другой стороны, нет такого законодательства, которое не давало бы права в последнем случае просить отсрочки для предъявления исполнительного титула.

Наконец, не может подлежать сомнению и возможность обращения кредитора к третьему лицу и со встречным иском³⁶⁰.

³⁵⁹ Cosack. Указ. соч. С. 36, Iaeckel. Указ. соч. С. 23, Menzel. Указ. соч. С. 292.

³⁶⁰ Völderndorf. Указ. соч. с. 96, обратное: Hartmann. Указ. соч. С. 146.

Глава шестая

Прекращение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб

Право кредитора опровергать акты прекращается общими способами прекращения гражданских прав. Эти способы могут быть сведены к двум. *Во-первых*, оно прекращается с прекращением главного права, то есть права требования кредитора к должнику. Как *accessorium*, оно уже с прекращением первого теряет всякое значение. Например, если кредитор взыскал все ему причитающееся из другого имущества должника, или получил уплату, или простил долг, или зачел его, и т.п.³⁶¹.

Во-вторых, оно прекращается как отдельное право при существовании главного. *Nemo invitus agere cogatur /никто не может быть принужден к предъявлению иска помимо своей воли/*. А потому воля кредитора имеет безусловное значение, — он может и отступить от своего права³⁶², может заменить свое требование и т.д. Особенное же зна-

³⁶¹ Menzel. Указ. соч. С. 303.

³⁶² Cosack. Указ. соч. С. 352.

чение придается давности: мы уже видели, что для осуществления права опровергать безвозмездный акт весьма целесообразно установить особенную краткую давность³⁶³.

³⁶³ Действующее российское законодательство о банкротстве устанавливает сокращенный годичный срок исковой давности для оспаривания сделок; при этом устанавливаются достаточно подробные правила определения начального момента для его отсчета (ст. 61.9 Закона о банкротстве).

Оглавление

Предисловие.....	3
От редактора	8
Краткий словарь наиболее часто используемых в книге латинских терминов	12

А.Х. Гольмстен

**Учение о праве кредитора опровергать юридические
акты, совершенные должником в его ущерб,
в современной юридической литературе**

Предисловие автора	14
<i>Глава первая.</i> Основание права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб.....	19
<i>Глава вторая.</i> Возникновение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб.....	61
<i>Глава третья.</i> Движение права кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб.....	169

Глава четвертая

Изменение права кредитора опровергать
юридические акты, совершенные должником
в его ущерб 211

Глава пятая. Охранение права кредитора
опровергать юридические акты, совершенные
должником в его ущерб. 242

Глава шестая. Прекращение права кредитора
опровергать юридические акты, совершенные
должником в его ущерб. 258

Гольмстен Адольф Христианович

**Учение о праве кредитора
опровергать юридические акты,
совершенные должником
в его ущерб, в современной
юридической литературе**



ООО «Издание книг ком»
info@izdanieknig.com | (499) 110-35-00
www.izdanieknig.com

Ген. директор — Е. А. Панурин
Дизайн, верстка — Е. В. Зеленская
Корректор — Т. А. Осипова



Сдано в набор 21.03.2019.

Подписано в печать 05.04.2019.

Формат 84×108/32. Гарнитура «Minion Pro».

Объем 8,25 п.л. Тираж 200 экз.

Изд. № 1922-И. Заказ № 139966.

Отпечатано в «Т8 Издательские технологии».