

**В диссертационный совет Д. 503.001.01
при Федеральном государственном научно-
исследовательском учреждении**

**«Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве Российской
Федерации»**

ОТЗЫВ

официального оппонента

на диссертацию Поляковой Валентины Эдуардовны

на тему:

**«Предварительный договор в праве России и Германии»,
представленную на соискание ученой степени кандидата
юридических наук по специальности 12.00.03 - гражданское право;
предпринимательское право; семейное право; международное частное
право**

Актуальность диссертационного исследования Поляковой Валентины Эдуардовны объясняется существующей на практике потребностью в совершенствовании конструкции предварительного договора (ст. 429 ГК РФ). Эта работа может оказаться особенно востребованной в период проводимой в Российской Федерации реформы Гражданского кодекса РФ.

Анализ конструкции предварительного договора был произведен Поляковой В.Э с использованием исторического и сравнительно-правового методов исследования. Сравнительный анализ правового регулирования отношений, возникающих в результате заключения предварительного договора, по законодательству России и Германии является интересным и составляет главное достоинство работы. Автором использовано не только законодательство Германии, но также была проанализирована серьезная юридическая литература по теме исследования.

Целью диссертационного исследования Поляковой В.Э является всестороннее исследование конструкции предварительного договора в российском и германском праве, выработка на основе результатов такого исследования конкретных предложений по совершенствованию законодательства и практики его применения (стр. 7 диссертации).

Структура диссертации полностью отвечает достижению цели исследования и полному раскрытию темы работы. Диссертационное исследование состоит из введения, трех глав, заключения и библиографии.

Во введении обосновывается актуальность диссертационного исследования, определяются его цели и задачи, формулируются положения на защиту.

Первая глава диссертационного исследования «Общая характеристика предварительного договора в праве России и Германии» состоит из четырех параграфов, посвященным общим историческим и понятийным вопросам предварительного договора.

В параграфе 1 главы 1 «Роль предварительного договора в праве России и Германии» рассматривается понятие предварительного договора и общие сведения о его содержании.

В параграфе 2 главы 1 «История развития представлений о предварительном договоре в России и Германии» содержится анализ развития института предварительного договора в праве России и Германии в ретроспективном изложении, а также приведена история взглядов ученых на его правовую природу.

В параграфе 3 главы 1 «Виды предварительных договоров в России и Германии» диссертант классифицирует предварительные договоры на односторонние и двусторонние, а также на возмездные и безвозмездные. Проанализировав российское законодательство и доктрину, диссертант сделал вывод о том, что в отличие от права Германии по российскому праву возможны только двусторонние безвозмездные предварительные договоры (стр. 31 диссертации).

В параграфе 4 глав 1 диссертации «Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций в России и Германии» диссертант подробно проанализировала отличия предварительного договора от соглашений, не имеющих обязательной силы, от опциона и опционного договора, от договора о преимущественном праве, от рамочного договора.

В результате проведенного исследования автор диссертации пришел к следующим выводам, которые являются обоснованными:

«а) Предварительный договор порождает обязательство заключить конкретный основной договор, при нарушении которого обязанная сторона может быть понуждена к заключению основного договора.

б) В рамках этого обязательства праву одного лица противостоит обязанность, но не связанность другого лица заключить основной договор. Управомоченная сторона не вправе односторонним волеизъявлением изменить правовое положение другой стороны. Из предварительного договора возникает право требования о заключении основного договора, но не право на правообразование (секундарное право).

с) Право требовать заключения основного договора исчерпывается при заключении основного договора.» (стр. 48 диссертации).

Указанные выводы диссертанта необходимо поддержать.

Глава 2 диссертационного исследования «Заключение предварительного договора в праве России и Германии» состоит из трех параграфов.

В параграфе 1 главы 2 «Содержание предварительного договора в праве России и Германии» содержится анализ прежней и действующей редакции ст. 429 ГК РФ. Полякова В.Э обратила внимание на изменение нормы о содержании предварительного договора. Согласно действующей редакции п. 3 ст. 429 ГК РФ содержание предварительного договора должно включать предмет и те условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора. Прежняя редакция п. 3 ст. 429 ГК РФ предписывала согласовать все существенные условия основного договора. В результате произведенного анализа диссертант пришел к выводу, что «требования, предъявляемые к предварительному договору в соответствии с немецким правом и ранее действующей редакцией ГК РФ, являются более разумными и обоснованными». (стр. 53 диссертации).

Произведенный автором анализ изменения конструкции предварительного договора представляется интересным. Сделанный автором вывод необходимо полностью поддержать. При этом необходимо добавить, что действующая редакция п. 3 ст. 429 ГК РФ, которая не обязывает стороны согласовывать все существенные условия будущего основного договора, фактически не позволяет разграничить предварительный и рамочный договоры. Например, невозможно разграничить односторонний предварительный договор и рамочный договор, содержащий условие, обязывающее одну из сторон заключить в будущем одну или несколько сделок на определенных в рамочном договоре условиях, например, в пределах установленного лимита. Рамочный договор, как известно, также не должен содержать все существенные условия будущих сделок.

По указанной причине представляется возможным согласиться с диссертантом, что предыдущая конструкция предварительного договора представляется более удачной.

В параграфе 2 главы 2 диссертации «Форма предварительного договора в праве России и Германии» автор анализирует соотношение правил, регулирующих форму предварительного и основного договора. Для решения поставленной проблемы диссертант изучил позицию германской доктрины и сравнил с доктриной и законодательством России по рассматриваемому вопросу. В результате автор пришел к выводу, что оправдан германский подход, в соответствии с которым по общему правилу к форме предварительного договора предъявляются более мягкие требования, чем к форме основного договора. Однако требования к форме предварительного договора не могут смягчаться в случае, если квалифицированная форма предварительного договора обусловлена необходимостью защиты сторон договора. (стр. 62 диссертации). Такой подход автора к проблеме соотношения формы предварительного и основного договора следует считать оправданным.

Автором рассмотрены также правила об «исцелении» формы предварительного договора по немецкому и российскому праву.

Проанализировав норму пункта 1 ст. 165 ГК РФ, Полякова В.Э. пришла к справедливому выводу, что «исцелить» предварительный договор, заключенный с нарушением требований к форме сделке можно в случае заключения действительного основного договора. Тогда соответствующее исполнение предварительного договора будет произведено, что позволяет сделать вывод о возможности исцеления предварительного договора. Однако такая потребность отсутствует на практике. (стр. 71 диссертации).

В параграфе 3 главы 2 диссертации «Согласие на заключение (одобрение) предварительного договора в праве России и Германии» автор анализирует допустимость применения к предварительному договору норм о необходимости получения согласия третьих лиц для заключения некоторых, перечисленных в законе сделок об отчуждении имущества. Руководствуясь российским законодательством, автор делает обоснованный вывод о том, что поскольку предварительный договор не связан непосредственно с отчуждением имущества, то не нужно получать согласия третьих лиц. Судебная практика по указанному вопросу не является единообразной.

Изучив законодательство Германии и германскую доктрину по рассматриваемой проблеме, автор диссертации предложил позаимствовать германский опыт. С позиции германской доктрины и законодательства, возможен дифференцированный ответ на поставленный вопрос. Не требуется согласия третьего лица для заключения предварительного договора даже, если его предметом является заключение в будущем договора о распоряжении имуществом. Однако такое согласие может потребоваться, если оно должно исходить от органов публичной власти (стр. 77 и 84 диссертации).

С указанной позицией автора также можно согласиться. Оно может быть использовано при подготовке законопроектов о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ.

Глава 3 «Особенности исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, а также ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства в праве России и Германии» состоит трех параграфов.

В первом параграфе главы 3 «Надлежащее исполнение обязательства, возникающего из предварительного договора, в праве России и Германии» автор исследовал критерии надлежащего исполнения обязательства применительно к предварительному договору, т.е. выполнение требований о субъектах и предмете исполнения.

В параграфе 2 главы 3 «Принудительное исполнение обязательства, возникшего из предварительного договора, в праве России и Германии» диссертант затрагивает различные подходы к решению отдельных проблем принудительного исполнения предварительного договора.

В частности, в этом разделе диссертации содержится анализ различных точек зрения, высказанных в российской и германской литературе, на процессуальную природу решения суда о понуждении к заключению основного договора. Диссертант рассмотрел взгляды российских юристов, которые приводили различные аргументы в пользу признания такого решения суда решением о присуждении исполнения обязательства в натуре (Карапетов А.Г), решением о присуждении (Меньшенин П.А.). Кроме того, Полякова В.Э. признала необоснованными взгляды некоторых германских исследователей, которые квалифицирует решения о понуждении к заключению основного договора в качестве преобразовательных исков.

Рассмотрев все имеющиеся аргументы и взгляды исследователей, Полякова В.Э. присоединилась к существующей в германской правовой литературе теории Герцога Н., по мнению которого решение суда о понуждении к заключению договора следует рассматривать решением о присуждении через фикцию (стр. 102 диссертации).

Такой подход к решению определению правовой природы решения суда о понуждении к заключению предварительного договора представляется интересным, а аргументы автора заслуживающими поддержки.

Рассматривая иск об исполнении основного договора, заключаемого во исполнении предварительного договора, диссертант не полностью разделяет сложившийся к германской и российской правовой науке подход, согласно которому не может быть удовлетворен иск об исполнении основного договора до удовлетворения иска о понуждении к его заключению. (стр. 106 диссертации).

Полякова В.Э полагает, опираясь на существующий в германской правовой науке взгляд, что в целях процессуальной экономии, допустимо объединение иска о понуждении к заключению основного договора и иска о его исполнении в одной процессе. В указанной ситуации иск об исполнении основного договора может быть удовлетворен одновременно с иском о понуждении к заключению предварительного договора, при условии удовлетворении иска о понуждении к его заключению. Указанный вывод, основанный на сравнительно-правовом анализе взглядов, существующих в российской и германской доктрине, Полякова В.А., положила в основу сформулированного ею предложения о совершенствовании российского законодательства и законодательства об исполнительном производстве (стр. 107 диссертации).

В параграфе 3 главы 3 диссертации «Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, возникшего из предварительного договора, в праве России и Германии» автором осуществлен сравнительный анализ оснований возникновения ответственности из предварительного договора по российскому и германскому праву. Диссертантом изучены разные подходы к определению размера убытков, возникших из неисполнения предварительного и основного договоров.

Следует согласиться с мнением автора, который доказывает, что при взыскании убытков, возникших вследствие неисполнения предварительного договора, допустим дифференцированный подход. Автор обоснованно полагает, что при решении вопроса о размере убытков, возникших из неисполнения предварительного договора, необходимо учитывать, может ли кредитор в соответствии с предварительным договором требовать заключения основного договора. Если такое требование реализуемо, то размер подлежащих взысканию убытков следует определять, как если бы это были убытки из основного договора. Если заключение основного договора невозможно (например, отсутствует предмет договора, переданный по договору третьему лицу), то кредитор не вправе требовать взыскания убытков вследствие неисполнения основного договора. В этом случае, по обоснованному мнению автора, подлежат взысканию только убытки, связанные с неисполнением обязательства из предварительного договора (см. стр. 117- 118 диссертации).

Работа написана хорошим языком, в ней ясно и доходчиво изложены аргументы автора, проанализированы доводы оппонентов. Диссертация Поляковой Валентины Эдуардовны на тему «Предварительный договор в праве России и Германии», представляет собой научную квалификационную работу, являющуюся самостоятельным завершённым исследованием, имеющим важное теоретическое и практическое значение. Выводы и предложения, содержащиеся в диссертации, носят конструктивный характер.

Заслугой автора диссертационного исследования является анализ законодательства Германии, научных работ иностранных исследователей о предварительном договоре на немецком и английском языках (см. библиографию - с. 125 – 126; и 138 - 141), судебной практики Германии (с. 37, 50, 51, 69, 77, 90, 106, 111) и практики российских арбитражных судов по спорам из предварительных договоров.

Все положения на защиту являются обоснованными, новыми и достоверными.

В частности, на основе анализа законодательства России и Германии, а также практики его применения российскими и германскими судами автором сформулированы конкретные предложения по совершенствованию теории предварительного договора:

- автором сделан вывод о правовой природе права стороны предварительного договора, которое является обязательственным правом (требованием), но не преобразовательным (секундарным) правом. Такой вывод, который не является абсолютно новым, был использован автором для разграничения предварительного договора и опциона – вывод, который обладает новизной (положение на защиту № 1).

- диссертант определил предмет (объект обязательства) предварительного договора, под которым он предложил понимать совершение юридических действий по направлению оферты и акцепта. Такой подход, на первый взгляд, является очевидным. Однако заслугой автора является то, что он разграничил указанный предмет предварительного договора и совершение сторонами подготовительных действий. По мнению диссертанта, обязанности по совершению подготовительных действий, направленные на заключение и исполнение основного договора (оформление прав на имущество и т.п.) или воздержание от совершения каких-либо действий, не входят в предмет предварительного договора. Такой вывод обладает новизной для российской теории предварительного договора (положение на защиту №; 2).

- диссертант определил последствия заключения основного договора на условиях, отличных от условий предварительного договора. Если воля сторон не была направлена на изменение предварительного договора, то обязательство из предварительного договора не прекращается, а виновная сторона может быть принуждена к заключению основного договора или к возмещению убытков (положение на защиту № 4);

- автор определил критерии юридической «связанности» предварительного и основного договора и установил правовые последствия этой связи (положение на защиту № 6).

- новыми, интересными и обоснованными являются и другие выводы и рекомендации автора, содержащиеся в диссертации.

Новизна диссертационной работы заключается не только в сформулированных диссертантом положениях на защиту, но и в результатах произведенного им комплексного сравнительно-правового анализа конструкции предварительного договора в российском и германском праве, который была осуществлена впервые в российской юридической науке.

Как и любая другая дискуссионная работа, диссертация Поляковой В.Э. не свободна от недостатков и спорных выводов.

1. В параграфе 4 главы 1 диссертации «Отграничение предварительного договора от смежных правовых конструкций в России и Германии» диссертант выявил различия между конструкцией предварительного договора и опциона на заключение договора (ст. 429.2 ГК РФ).

К сожалению, автор не сумел четко разграничить односторонний возмездный предварительный договор и опцион на заключение договора.

Представляется возможным рекомендовать диссертанту определить различия в указанных правовых конструкциях во время защиты.

2. Рассматривая предмет предварительного договора, Полякова В.Э. выявила интересную разницу в оценке надлежащего исполнения предварительного договора в России и Германии.

Германская доктрина относит к предмету предварительного договора не только заключение основного договора, но и действия по исполнению сторонами дополнительных обязанностей (стр.89 диссертации).

С точки зрения российской доктрины и судебной практики предмет предварительного договора составляют только действия сторон по заключению основного договора. Поэтому выполнение дополнительных обязанностей не входят в предмет основного договора. (стр. 91 диссертации).

Поэтому не допускается заявление требования об их принудительном исполнении (стр. 93 диссертации).

Автор делает вывод, что применительно к российскому праву такая позиция является обоснованной (стр. 93 диссертации), что, вероятно, не может удовлетворить практику. Факт включения в предварительный договор различных дополнительных условий (о получении свидетельства о государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество, по снятию обременения с объекта недвижимости, по открытию аккредитива в целях оплаты товара по основному договору) означает, что такие условия нужны для заключения основного договора. Эти условия не являются незаконными, учитывая отсутствие прямого запрета в законодательстве. Поэтому речь может идти, скорее всего, о неверной квалификации рассматриваемых предварительных договоров. Вероятно, в некоторых случаях обоснован вывод, что предварительные договоры являются смешанными договорами, а условие о дополнительных условиях – законным и заслуживающим судебной защиты.

3. В положении на защиту № 3 автор делает вывод о том, что обязательство из предварительного договора не имеет строго личного характера, вследствие чего уступка права требования заключить основной договор возможна.

Представляется, что такой вывод является неполным и не учитывает правовые особенности предварительного договора.

Предварительный договор имеет целью последующее заключение основного договора, материальным объектом которого, чаще всего, является индивидуально определенное имущество, в котором может быть особенно заинтересована одна из сторон предварительного договора. В противном случае, вместо заключения предварительного договора, эта сторона заключила бы основной договор с другим субъектом. Например, предметом будущего основного договора купли-продажи является конкретный жилой дом. Стороны заключают предварительный договор купли-продажи жилого

дома (договор запродажи), поскольку до заключения договора купли-продажи указанного жилого дома требуется, например, получить согласие супруги продавца.

Уступка права (требования) будущего продавца по предварительному договору в указанной ситуации практически невозможна, поскольку другой будущий продавец не сможет продать покупателю индивидуально определенный жилой дом, принадлежащий первоначальной стороне договора.

Будущему продавцу рассматриваемого жилого дома, на первый взгляд, безразлично, кому продавать жилой дом. Однако достаточно часто для продавца имеет принципиальное значение платежеспособность покупателя. Поэтому в указанной ситуации личность будущего покупателя имеет существенное значение для будущего продавца. Поэтому уступка права (требования) будущего покупателя невозможна без согласия будущего продавца.

И, наконец, при решении вопроса о допустимости уступки права (требования) по предварительному договору необходимо учитывать особенности правового положения сторон этого договора. Каждая из сторон предварительного договора обязана заключить основной договор по требованию другой стороны и сама, в свою очередь, вправе требовать от другой стороны заключения основного договора. Таким образом, каждая из сторон предварительного договора является одновременно и кредитором, и должником другой стороны. Следовательно, уступка права (требования) по предварительному договору невозможна отдельно от перевода долга.

Поэтому перемена лиц в предварительном договоре представляет собой уступку права (требования) и перевод долга одновременно, что невозможно без согласия другой стороны.

Таким образом, уступка права (требования) по предварительному договору всегда возможна только с согласия второй стороны.

4. В положении на защиту № 5 диссертант делает обоснованный вывод, что предварительный и основной договоры являются взаимосвязанными сделками. Однако термин «взаимосвязанные сделки» является не конкретным и не объясняет причину «взаимосвязанности», что является недостатком указанного положения на защиту.

Прежде всего, следует сделать вывод о том, что по российскому праву основной договор не является акцессорным по отношению к предварительному договору. Предварительный договор и основной договор – самостоятельные договоры. Именно поэтому недействительность предварительного договора не влияет на действительность основного договора.

Состояние «связанности» выражается в другом. Заключение основного договора является предметом и одновременно юридической целью предварительного договора. Кроме того, надлежащее заключение основного договора приводит к прекращению предварительного договора. Недействительность основного договора свидетельствует о просрочке исполнения (или неисполнении) предварительного договора, что может повлечь ответственность одной из сторон предварительного договора перед другой.

Приведенные замечания носят дискуссионный характер и не меняют высказанной ранее высокой оценки диссертационного исследования Поляковой Валентины Эдуардовны.

Учитывая актуальность диссертационного исследования, его новизну, теоретическую и практическую значимость, достоверность полученных результатов, обоснованность выводов и предложений, необходимо сделать вывод, что кандидатская диссертация Поляковой Валентины Эдуардовны является самостоятельным монографическим научным исследованием, которое посвящено одной из наиболее интересных проблем гражданского права.

Автореферат и публикации автора соответствуют диссертации.

По указанной причине полагаю, что диссертация на тему «Предварительный договор в праве России и Германии» полностью соответствует требованиям, предъявляемым Положением о порядке присуждения ученых степеней (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.09.2013 № 842) к диссертациям на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право, а ее автор – Полякова Валентина Эдуардовна – заслуживает присуждения ей искомой ученой степени кандидата юридических наук.

**заведующий кафедрой банковского права
ФГБОУ ВПО Московского государственного
юридического университета
имени О.Е. Кутафина**

**доктор юридических наук, профессор,
почетный работник высшего
профессионального образования
(125993, г. Москва, ул. Садовая Кудринская,
дом 9, тел. 8 (499)2448489);
e-mail: LGEFIMOVA@msal.ru)**

Ефимова Л.Г.

«19» октября 2015 года

Подпись
ЗАВЕРЯЮЩИЙ
НАЧАЛЬНИК ОТДЕЛА
УПРАВЛЕНИЯ КАДРОВ

С.В. Косенко

С.В. КОСЕНКО
19/10/2015 г.

