

The article is dedicated to the category of subordination agreements. Based on the concept of conflict of rights in personam, the author makes an attempt to integrate this category into the system of private law, to determine the legal nature of subordination, and from these positions to assess the effectiveness of Art. 309.1 of the Civil Code of the Russian Federation, implemented in the course of the civil law reform.

Keywords: conflict of subjective rights; assignment of pledge priority; prevention principle; subordination agreement; disposal of right.

1. ВВЕДЕНИЕ

Несколько кредиторов одного должника могут заключать между собой различные соглашения. Чаще всего такие соглашения называют межкредиторскими (intercreditor agreement). Сфера их применения чрезвычайно широка: проектное финансирование, синдицированное кредитование, выпуск облигаций, реструктуризация долга, банкротство должника¹. Несмотря на некие общие элементы, все же представляется, что соглашения кредиторов в указанных сферах могут отличаться друг от друга. Например, межкредиторское соглашение в рамках реструктуризации долга² направлено на координацию кредиторов, тогда как соглашение об очередности в банкротстве призвано субординировать одних кредиторов в отношении других³. Предметом настоящей статьи будут выступать как раз соглашения о субординации требований кредиторов. При этом, признавая необходимость рассмотрения всякого межкредиторского соглашения как совокупности различных по природе договоренностей, которые, в свою очередь, требуют квалификации, оно будет интересовать нас только в том объеме, который необходим для описания природы соглашений о субординации⁴.

Недавняя реформа гражданского законодательства привнесла в ГК РФ норму ст. 309.1, регулиющую соглашение о порядке удовлетворения кредиторов по однородным обязательствам в отношении к одному должнику. Данная нор-

¹ Вжеш Л. Межкредиторские соглашения по российскому праву и праву некоторых зарубежных стран // Хозяйство и право. 2015. № 1(456). С. 72–74.

² Селивановский А. Соглашения в проекте по реструктуризации // Хозяйство и право. 2011. № 1(408). С. 67–68.

³ Такая же дихотомия – координация и конкуренция (субординация) – часто встречается и в иных областях знания. Например, соглашения, заключаемые кредиторами одного должника для координации своей деятельности или решения конфликта, также можно рассматривать в качестве способа их взаимодействия в рамках теоретико-игровых ситуаций – кооперативных и некооперативных игр (см. подробнее: Myerson R.B. Game Theory: Analysis of Conflict. Cambridge; London, 1991).

⁴ На это, в частности, указывает и А. Селивановский (см. подробнее: Селивановский А. Указ. соч. С. 67–68).

ма стала результатом определенного компромисса, так как ее текст в процессе прохождения законопроекта через законотворческий процесс неоднократно существенно изменялся.

Надо сказать, что разработанная в 2009 г. Концепция реформирования общей части обязательственного права¹, как, впрочем, и проект изменений в разд. III ГК РФ, подготовленный на ее основе Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства² (далее – Совет), не указывали на необходимость регулирования отношений кредиторов по поводу осуществления ими своих прав требования. Идея такого регулирования, по-видимому, оформилась в 2011 г. в рамках проекта федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации (в части развития проектного финансирования)», подготовленного Минэкономразвития России³. Тем не менее Совет дал упомянутому законопроекту отрицательную оценку и отметил, что он во многом повторяет готовящийся проект изменений в ГК РФ⁴. В результате многие нормы из данного законопроекта, в том числе нормы о рассматриваемом соглашении, были использованы при проведении реформы гражданского законодательства.

Первоначальная редакция анализируемой нормы в наиболее полном своем виде (вслед за предложениями Рабочей группы по созданию международного финансового центра (далее – МФЦ)) была представлена в рамках доработанного Минэкономразвития России проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁵ и очень подробно регламентировала то, что разработчики назвали

¹ Концепция реформирования общей части обязательственного права (проект рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)) // https://privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/11/koncept_OPOP.rtf.

² Проект изменений в раздел III Гражданского кодекса Российской Федерации // https://privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/11/pr_t3.doc.

³ Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации (в части развития проектного финансирования)» (подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 27 июня 2011 г.) // http://old.economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagement/doc20110315_02.

⁴ Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации (в части развития проектного финансирования)» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 27 июня 2011 г. (протокол № 97)) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Проект доклада Правительства РФ Президенту РФ «О проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // http://old.economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagement/doc20110315_02.

«договором между кредиторами одного должника»¹. В предмет данного соглашения входили: 1) обязательство воздерживаться от предъявления требований; 2) порядок распределения полученных от должника предоставлений, очередность и иные преимущества одних кредиторов перед другими; 3) порядок принятия обязательных для всех участников соглашения решений и 4) иные вопросы. Обратим внимание, что указанная норма, во-первых, охватывает и двусторонние (обязательство), и многосторонние (принятие решения участниками) отношения кредиторов, во-вторых, разводит механизмы а) негативного и б) позитивного обязательства (при этом во втором случае преимущества устанавливаются как по соглашению кредиторов, так и по соглашению кредитора и должника в поль-

economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagement/civil_code/dvelopment_russia_position/doc20110705_9.

¹ «Статья 328.1 Договор между кредиторами одного должника

1. Кредиторы одного и того же должника (или группы должников) вправе заключить соглашение, устанавливающее порядок осуществления такими кредиторами прав по своим требованиям к должнику (или группе должников).

2. Соглашение между кредиторами может, в частности, предусматривать обязательства кредиторов воздерживаться в течение определенного срока от предъявления требований к должнику (или подачи заявлений о его банкротстве), а также совершения иных действий, направленных на принудительное удовлетворение своих требований.

3. Соглашение между кредиторами также может предусматривать порядок распределения между ними полученных от должника платежей или иного имущества (в том числе по результатам процедуры банкротства). В частности, таким соглашением (соглашением о субординации требований) может быть предусмотрена очередность и иные преимущества удовлетворения требований одних его участников (старшие кредиторы) перед другими участниками (младшие кредиторы).

Очередность и иные преимущества удовлетворения требований могут быть установлены также в соглашении между одним из кредиторов и должником в пользу третьего лица, как являющегося на момент заключения такого соглашения кредитором, так и не являющегося таковым. Такое соглашение не может быть изменено без согласия лица, в пользу которого оно заключено, с момента выражения данным лицом намерения воспользоваться соответствующим преимуществом.

Кредитор, требования которого были удовлетворены в нарушение установленной соглашением между кредиторами или соглашением между должником и одним из кредиторов очередности, обязан передать все или соответствующую часть полученного старшим кредиторам в соответствии с правилами, установленными в соответствующем соглашении.

4. Соглашение кредиторов может предусматривать случаи, условия и порядок принятия участниками такого соглашения решений, которые имеют обязательную силу для всех участников такого соглашения, в том числе участников, не голосовавших или голосовавших против принятого решения кредиторов.

5. Соглашение между кредиторами, а также соглашение между должником и одним из кредиторов, заключаемые в соответствии с настоящей статьей, могут устанавливать иные правила, применяемые к отношениям между кредиторами в связи с их требованиями к должнику.

6. Условия, предусмотренные в соглашении между кредиторами, не могут влечь ухудшение положения должника или возложения на него новых обязанностей, неудобств или обременений, если иное не предусмотрено соглашением с должником.

Условия, предусмотренные в соглашении между кредиторами, а также в соглашении между должником и одним из кредиторов, не могут ухудшать положение кредиторов, не участвующих в соглашении».

зу иного(-ых) кредитора(-ов)) и, в-третьих, показывает стремление защитить должника, для чего установлен принцип неухудшения его положения, текстуально напоминающий нормы об уступке права требования, и иных кредиторов в русле принципа относительности обязательств. Несмотря на такое комплексное регулирование, Рабочая группа по созданию МФЦ видела ценность имплементации этой нормы именно в договорной субординации, на что она указывала в комментариях и поправках к опубликованному тексту законопроекта о внесении изменений в ГК РФ, подготовленного Советом¹.

Соответственно, правило о договоре между кредиторами одного должника затем появилось в финальном проекте изменений в ГК РФ, подготовленном к рассмотрению в первом чтении по итогам многочисленных баталий между Советом, Минэкономразвития России и Государственно-правовым управлением Президента РФ². В редакции 2012 г. разработчики заняли сдержанную позицию, указав исключительно на возможность заключения соглашения кредиторами одного должника³. Хотя соответствующая формулировка довольно лаконично описывает предмет данного соглашения, все же она порождает ряд закономерных вопросов (в частности, остается открытым вопрос, связывается ли должник установленным кредиторами порядком распределения). При этом в пояснительной записке к рассматриваемому законопроекту необходимость соответствующей нормы объясняется целью создания в России МФЦ. Сама же Рабочая группа по созданию МФЦ не раз утверждала о заимствовании конструкций общего права, в частности применительно к обсуждаемым нормам категории «*intercreditor agreement*».

Однако далее вместо указания на возможность заключения соглашения кредиторами одного должника в проекте изменений ГК РФ ко второму чтению появилась (по утверждению В.В. Витрянского, в качестве «теневого поправки»⁴) новая статья 309.1, которая в 2015 г. была принята и на сегодняшний момент действует в соответствующей редакции. Она представляет собой, с одной стороны, некий компромисс между первоначальной редакцией, чрезвычайно подробно описывавшей предмет анализируемого соглашения, и промежуточной, формулировавшей лишь общие ориентиры регулирования. Однако и этот вариант

¹ См. подробнее о работе Подгруппы по общим вопросам гражданского права: <http://mfc-moscow.com/index.php?id=30>.

² О сложностях на пути к реформе гражданского законодательства см.: Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ «При наличии между кредиторами одного должника соглашения о порядке осуществления (в том числе об очередности удовлетворения) требований об исполнении обязательств должником полученное от должника исполнение распределяется между такими кредиторами в соответствии с условиями указанного соглашения».

⁴ Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги.

рассматриваемой нормы не продержался бы долго, если бы не Совет, который уже в 2016 г. дал отрицательное заключение на законопроект, которым планировалось закрепить невозможность применения к соглашениям о порядке удовлетворения требований гл. 9.1 ГК РФ.

Такие законотворческие метания породили в том числе и широкую палитру взглядов на квалификацию соглашения, регулируемого ст. 309.1 ГК РФ. В частности, указанное соглашение рассматривается как: а) договор товарищества¹; б) соглашение о координации, отличное от товарищества и представляющее собой особый организационный договор²; в) соглашение о субординации³ и г) соглашение, предметом которого могут быть как отношения субординации кредиторов, так и отношения их координации⁴.

Основной идеей настоящей работы является рассмотрение ст. 309.1 ГК РФ как регулирующей прежде всего субординационные отношения⁵. Данная статья в силу регламентации отношений между кредиторами одного должника неминуемо встраивается в общую канву континентального учения о коллизии обязательственных прав, в рамки которого, помимо субординации, обычно включаются случаи двойной купли-продажи (ст. 398 ГК РФ) и защиты кредитора при суброгации от частично удовлетворившего его лица (например, п. 5 ст. 313 ГК РФ). Выявление связи между указанными ситуациями требует отдельного исследования и будет рассмотрено нами лишь косвенно.

2. Автономия воли при решении коллизии субъективных прав

Категория субъективного частного права, будучи центральной для пандектно-ориентированных правовых систем, с исторической точки зрения является спо-

¹ Харитонов Ю.С. Межкредиторские соглашения в российской доктрине и практике // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 6 // СПС «КонсультантПлюс».

² Кулаков В.В. Межкредиторское соглашение как новый вид гражданско-правового договора // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Мелихов Е. Субординация долга: практика Великобритании, США и перспективы применения в России // Слияния и поглощения. 2015. № 4(18). С. 42–45; Червяков Р.В. Механизм противопоставимости приоритета в рамках относительных правоотношений // Материалы XVI Международной научной конференции молодых ученых и студентов «Эволюция российского права» (Екатеринбург, 27 апреля 2018 г.). Екатеринбург, 2018. С. 215–216; Широкова Е. Субординация требований кредиторов в деле о банкротстве: зарубежный опыт и перспективы отечественного регулирования // Журнал РШЧП. 2018. № 3. С. 88.

⁴ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017. С. 74–77 (автор комментария к ст. 309.1 – А.Г. Карапетов).

⁵ Такой подход существует и при определении соотношения понятий «межкредиторское соглашение» и «соглашение о субординации» (см.: *Schnebel D.J. Intercreditor and Subordination Agreements: A Practical Guide* // *Banking Law Journal*. 2001. Vol. 118. No. 1. P. 48–62).

собом существования автономии воли¹. В этом контексте сфера свободы одного в определенных случаях влияет на сферу свободы другого, что неминуемо порождает область конфликтов². Юридическая квалификация института субординации требует обоснования и определения договорного и законного приоритетов. С догматической точки зрения последние устанавливаются для решения проблемы коллизии субъективных прав.

2.1. Коллизия субъективных прав и методы ее решения

Осуществление субъективного права заключается в совершении уполномоченным субъектом действий, необходимых и достаточных для удовлетворения известного интереса³. Однако в определенных случаях возможно такое сосуществование нескольких субъективных прав, при котором осуществление одного права исключает или ограничивает возможность осуществления другого права (коллизия прав).

¹ См. подробнее: *Третьяков С.В.* Субъективное право как «последняя абстракция» цивилистики: генезис и структурные компоненты классической волевой теории // *Вестник гражданского права.* 2020. Т. 20. № 2 // СПС «КонсультантПлюс». Отметим также, что обязанность в частном праве тоже должна рассматриваться в качестве выражения автономии воли.

² К примеру, если волевое учение Савиньи предполагает автономное существование сфер господства управомоченных субъектов, то теория интереса Иеринга фокусируется на потенциальном конфликте защищаемых интересов частных субъектов. В рамках обоих подходов столкновение прав кажется возможным, однако в первом случае область коллизии минимальна, тогда как во втором конфликт понимается как естественное состояние права. Дальнейшие концепции (основанные в том числе на теории императивов Августа Тона), редуцирующие понятие субъективного права до структурно неделимых, атомарных правомочий (как то трихотомия «господство – притязание – преобразовательное право» или взгляд Уэсли Хохфельда), не отменяют возможного столкновения правовых возможностей между собой. См.: *Третьяков С.В.* Субъективное право как «последняя абстракция» цивилистики: генезис и структурные компоненты классической волевой теории; *Он же.* Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»: кульминация и кризис волевой теории субъективного права // *Вестник гражданского права.* 2020. Т. 20. № 3 // СПС «КонсультантПлюс»; *Он же.* Трактовка категории субъективного (частного) права в рамках классической теории интереса // *Вестник гражданского права.* 2020. Т. 20. № 4 // СПС «КонсультантПлюс»; *Он же.* Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // *Вестник гражданского права.* 2007. Т. 7. № 3 // СПС «КонсультантПлюс»; *Он же.* Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // *Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова.* М., 2018. С. 481–509; *Raiser L.* Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht // *Juristenzeitung (JZ).* 1961. 16. Jg. Nr. 15/16. S. 465–473; *Auer M.* Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant: Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds // *Archiv für die civilistische Praxis (AcP).* 2008. Bd. 208. Heft 5. S. 584–634.

³ Несмотря на целенаправленный характер деятельности управомоченного лица, субъективное право несводимо к интересу (теория Иеринга), так как не всякий интерес (даже защищаемый правом порядком) признается правом и не всякое право выражает исключительно один интерес (см. подробнее: *Третьяков С.В.* Субъективное право как интерес? Трактовка категории субъективного (частного) права в рамках классической теории интереса). Инструменталистский подход к догматической конструкции разрушает ее, что, к примеру, применительно к рассматриваемому здесь вопросу означает сведение коллизии прав к конфликту интересов. Такой взгляд неверен по описанным выше причинам: не всякий конфликт интересов порождает конфликт субъективных прав.

2.1.1. Коллизия субъективных прав как исключение

Первая мысль, которая может прийти в голову при рассмотрении проблемы коллизии прав и установления приоритета как метода ее решения, заключается в отрицании самого этого явления. Например, предполагается существование приоритета вещного права над обязательственным¹, однако, вероятно, конфликта здесь никакого нет в силу того, что объектом вещных прав является вещь, а обязательственных – действие должника, поэтому, возвращая вещь из конкурсной массы, обладатель вещного права не конкурирует с кредиторами, а забирает свое – объект, в отношении которого кредиторы не имеют никаких прав². Вторым примером здесь может быть мнимая конкуренция права собственности и ограниченных вещных прав³, поскольку аналогичным образом данные права не сталкиваются друг с другом⁴, так что если собственник мешает осуществлению сервитута, то сервитутарий защищает свое от нарушения принадлежащего ему права⁵. В двух указанных случаях заметно, что сферы господства управомоченных субъектов не пересекаются между собой⁶, однако наличие ситуаций отсутствия конфликта⁷ не доказывает отсутствия ситуаций, в которых

¹ См., например: *Temme J. Lehrbuch des preußischen Civilrechts*. 2. Aufl. Bd. I. Leipzig, 1846. S. 192–193.

² *Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Bd. I. Leipzig, 1876. S. 624. Употребление сегодня термина «приоритет» в таком контексте указывает, скорее, на характер требования к должнику как вещно-правового в оппозиции к личным искам кредиторов (см. подробнее: *Дождев Д.В. Удержание, законное владение и проблема приоритета // Юрист*. 2014. № 19. С. 9–17; *Суханов Е.А. Еще раз о различиях вещных и обязательственных прав // Частное право. Преодолевая испытания: К 60-летию Б.М. Гонгало*. М., 2016 // СПС «КонсультантПлюс»).

³ На такую конкуренцию прав указывают, в частности, Ф. Регельсбергер (см.: *Regelsberger F. Pandekten*. Bd. 1. Leipzig, 1893. S. 232; *Дернбург Г. Пандекты*. Т. I: Общая часть / пер. с нем. Г. фон Рехенберга; под рук. и ред. П. Соколовского. М., 1906. С. 108; *Гамбаров Ю.С. Гражданское право*. Общая часть. М., 1898. С. 523–531.

⁴ Представляется догматически обоснованной точка зрения Д.В. Дождева, который, во-первых, разделяет ограничения права собственности как явления, очерчивающие его объем, и обременения, не затрагивающие содержание данного права (при установлении узупруга собственник остается полноправным собственником), а во-вторых, указывает, что, несмотря на то что все вещные права своим объектом имеют вещь, сущностно объектом права собственности является вещь в максимально возможном (хотя и не полном) социальном значении, а объектом прав на чужие вещи выступают отдельные социально полезные функции вещи (см. подробнее: *Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсисянца*. 3-е изд., испр. и доп. М., 2015. С. 454; см. иную точку зрения: *Unger J. Op. cit.* S. 626).

⁵ *Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсисянца*. 3-е изд., испр. и доп. С. 460.

⁶ Именно из такой посылки исходило классическое волевое учение субъективного права, которое вслед за Кантом определяло последнее как установление исключительной монополии, господства воли субъекта относительно всех остальных (см.: *Третьяков С.В. Субъективное право как «последняя абстракция» цивилистики: генезис и структурные компоненты классической волевой теории*).

⁷ О мнимых коллизиях см. подробнее: *Мейер Д.И. Русское гражданское право // Чтения Д.И. Мейера*, изданные по запискам слушателей; под ред. А. Вицына. 3-е изд., испр. СПб., 1864. С. 261–267.

конфликт имеет место. Тезис об абсолютно автономном существовании субъективных возможностей разных лиц¹ опровергается не только случаями вмешательства (правомерного или неправомерного) одного лица в правовую сферу другого, но и казусами, в которых субъективные права оказывают взаимное влияние друг на друга.

Тем не менее стоит сказать, что свободное осуществление лицом принадлежащего ему права формулируется как общее правило², тогда как случаи столкновения прав и их разрешение рассматриваются в качестве исключений. Именно поэтому, по меткому выражению Андреаса Ваке, коллизия субъективных прав представляет собой «почти забытую главу общей теории права»³. Разработанное пандектистами в XIX в. общее учение о коллизии прав превратилось сегодня в учение об исключениях⁴.

2.1.2. От коллизии привилегий к коллизии прав

Первопроходцем в исследовании данной проблемы считается Антон Тибо (*Anton Thibaut*)⁵, который на основе римских текстов задумался над ситуацией

- ¹ Сфера автономного господства лучше всего моделируется на основе вещного права, обладатель которого в пределах, установленных правопорядком, ни с кем не конкурирует (см. подробнее: *Третьяков С.В.* Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права). Абсолютность права в этом ключе предполагает наличие его у правообладателя и отсутствие у всех иных лиц (см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 3-е изд., испр. и доп. С. 139–140).
- ² Например, классический случай стечения вещных прав в отношении одного объекта: А обладает участком на праве собственности, В имеет право прохода через этот участок, а С – право водопровода (см.: *Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Общая часть. 2-е изд. Казань, 1915. С. 265–269).
- ³ *Wacke A.* *Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando.* Den Vorzug verdient im Rechtsstreit, wer Schaden vermeiden, gegenüber dem, der Gewinn erzielen will – insbesondere: Im Zweifel keine Schenkung und durch Schenkung vom Nichtberechtigten kein gutgläubiger Erwerb // *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual* / Coord. por F. Reinoso Barbero. Madrid, 2014. P. 737.
- ⁴ После активной разработки пандектистами проблема конфликта субъективных прав утратила свою популярность (однако немногочисленные работы общего характера все же есть). Сегодня большинство современных немецких учебников не содержат общего описания коллизии прав. Однако за отсутствием общих работ вопросы коллизии вещных прав и прав требования получили свое дальнейшее развитие, что будет показано ниже. Также симптоматичным кажется тот факт, что ни в одном российском учебнике по гражданскому праву нет даже намека на концепцию стечения прав, хотя дореволюционным исследователям (преимущественно тем, кто учился в Берлинском университете непосредственно у пандектистов) она была известна (см.: *Мейер Д.И.* Указ. соч. С. 261–267; *Дормидонтов Г.Ф.* Указ. соч. С. 261–267; *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права: Пособие для слушателей. СПб., 1907. С. 126–127; *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. Т. I. Введение и общая часть. 3-е изд., пересмотр. и доп. СПб., 1910. С. 612).
- ⁵ На это указывают Фридрих Шталь (см.: *Stahl F.J.* *Über die Collision und den Vorzug des Besondern vor dem Allgemeinen im Rechte: Inaugural-Abhandlung.* Würzburg, 1826. S. 4), Йозеф Унгер (см.: *Unger J.* *Op. cit.* S. 621), а также, по свидетельству Патрика Даффа (*Patrick Duff*) в его небольшом обзоре (см.: *The Classical Review.* 1936. Vol. 50. Iss. 4. P. 152), Арналдо Бискарди (*Arnaldo Biscardi*), чья

столкновения привилегий двух разных лиц. Рассмотрение типичной проблемы конфликта привилегий необходимо для объяснения дальнейшего становления учения о коллизии субъективных прав.

Привилегия¹ предполагала исключение из общего правила в отношении определенной группы людей. Система, элементом которой является привилегия, с неизбежностью порождает две группы конфликтов, но если коллизии общего и специального решаются исходя из природы последнего, то столкновения между привилегиями (различными или сходными по содержанию) требуют разработки дополнительных методов.

Согласно господствующей теории, изложенной Тибо, коллизия привилегий подчинялась трем базовым правилам²: а) более сильная привилегия имеет приоритет над менее сильной; б) если приоритет не установлен, то преимущество предоставляется тому, кто нацелен на избежание ущерба, а не тому, кто желает получить выгоду, обогатиться посредством использования привилегии; в) если и в предыдущем случае привилегии оказались равными, то обе привилегии не применяются, уступая место общим установлениям³ (*privilegiatus contra aequae privi-*

монография «Il dogma della collisione alla luce del diritto romano» является одной из основных работ, анализирующих понятие коллизии вообще и коллизии прав в частности в римском праве (именно на эту работу, которая, к сожалению, недоступна автору настоящего исследования, в соответствующем разделе своего учебника дает ссылку Макс Казер (см.: Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München, 1955. S. 195).

- ¹ По словам исследователей, система выстраивалась следующим образом: *ius generale* как выражение *ratio*, или духа, права и *ius speciale* как изъятие в пользу конкретного лица, вещи или отношения (привилегия в узком смысле). *Ius generale*, в свою очередь, предполагало деление на собственно общие положения (*ius commune*) и особенные правила, вытесняющие общие (*ius singulare*) и основанные на *aequitas*. *Ius singulare* также называлось привилегией в широком смысле и предоставляло право (*privilegium favorabile*) или создавало обязанность (*privilegium odiosum*). См.: Ефимов В.В. Догма римского права: учебный курс. СПб., 1901 // СПС «Гарант»; Чиларж К.Ф. Учебник институций римского права / пер. с нем.; под ред. проф. В.А. Юшкевича. 2-е изд. М., 1906. С. 10–11; Bucher K. System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des Justinianischen Privatrechts. 3. Aufl. Erlangen, 1822. S. 45–46; Jencken H.D. A Compendium of the Modern Roman Law. Frankfurt, 2020. P. 35; Schilling B. Pandekten-Recht für Studierende. Berlin, 1844. S. 10–11; Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / пер. с итал. И.И. Маханькова; под ред. Д.В. Дождева. М., 2002. С. 54–55. С точки зрения вопроса о столкновении нас интересуют именно коллизии в широком смысле.
- ² Thibaut A.F.J. Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Ausg. Bd. II. Jena, 1817. S. 242–243; Koch C.F. Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. Bd. I. Berlin, 1845. S. 102–104.
- ³ Йохан Крамер столкновение привилегий называл «*collisio iurium*», а вышеперечисленные правила использовались им в ситуации объективного стечения привилегий (*concursum obiectivus*): а) если сталкиваются привилегия женщины не нести ответственность за принятие на себя поручительства (*senatus consultum Velleianum*) (см. подробнее: Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, 1990. P. 145–146) и привилегия несовершеннолетнего по восстановлению в первоначальное положение, сильнее оказывается привилегия несовершеннолетнего (в частности, на это указывает фрагмент D. 4.4.12; похожая ситуация описывается в D. 4.4.11.7); б) если сталкиваются две привилегии несовершеннолетних, то они взаимно уничтожают друг друга (*privilegiatus contra aequae privilegium non utitur privilegio*) (см.: Cramer J.U. von. Academische Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre,

legiatum iure communi utitur). Указанные правила появились в результате толкования двух высказываний Ульпиана¹ и Павла², касающихся правового положения несовершеннолетних (*minores*). Несовершеннолетнему, не достигшему возраста 25 лет, претор предоставлял защиту посредством восстановления в первоначальном положении (*in integrum restitutio*) в случае убыточности для него совершенной сделки³, т.е. приказывал судье вести процесс так, как если бы сделки не было.

В случае если несовершеннолетний дал деньги займа лицу, являющемуся подвластным совершеннолетним сыном⁴, восстановление в первоначальном положении будет происходить путем кондикции⁵. При этом в данном случае мы видим классический пример решения коллизии привилегий посредством приоритета, так как реституционная привилегия несовершеннолетнего, основанная на извинительном незнании права⁶, в том числе постановлений Сената, побеждает привилегию подвластного совершеннолетнего, не допускающую предъявление иска о возврате суммы займа в соответствии с *senatus consultum Macedonianum*⁷.

wodurch dieselbe in ihrem natürlichen Zusammenhange vorgetragen, und zugleich Georg Adam Struvs Jurisprudencia Romano-Germanica Forensis dergestalt erläutert wird, daß ein zu Erlernung der Rechte Gewiedmeter von selbst im Stande ist, sich dieselbe schon in der Jugend bezubringen, und sich auf Universitäten zu den Vorlesungen vorzubereiten, auch solche zu wiederholen. Bd. I. Ulm, 1782. S. 122). В дальнейшем терминология, использованная Крамером, будет использована при описании концепции коллизии прав. О привилегиях несовершеннолетних и женщин см.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 42, 44–46.

- ¹ *Ulp.* 11 ad ed. (D. 4.4.11.6): «Также спрашивается, если юноша моложе 25 лет вознамерится быть восстановленным в отношении такого же юноши, то должна ли ему быть оказана помощь? И Помпоний просто пишет, что он не должен быть восстановлен. Я же считаю, что претором должно быть рассмотрено, был ли кто из них обманут. Соответственно, если оба обмануты, например если юноша дал деньги другому юноше, а тот их потерял. В лучшем положении, по мнению Помпония, (находится) тот, который принял (деньги), а затем или промотал, или потерял их».
- ² *Paul.* 1 sent. (D. 4.4.34): «Если юноша моложе 25 лет дал займа деньги подвластному сыну, (также) юному, то истративший (эти деньги) находится в лучшем положении, если только во время судебного засвидетельствования спора не выяснится, что тот, кто принял деньги, обогатился от этого».
- ³ *Ulp.* 10 ad ed. (D. 4.4.6); *Ulp.* 11 ad ed. (D. 4.4.7.1).
- ⁴ *Ulp.* 11 ad ed. (D. 4.4.11.7): «Разумеется, если юноша моложе 25 лет заключит сделку с (подвластным) сыном семейства старше 25 лет, то и Юлиан в 4-й книге дигест, и Марцелл во 2-й книге дигест пишут, что он может быть восстановлен в первоначальном положении, так как большее значение придается его возрасту, чем сенатскому постановлению».
- ⁵ Тузов Д.О. Римская *in integrum restitutio* и некоторые проблемы реституции в современном российском гражданском праве // Сборник радова Правног факултета у Новом Саду: Посебна свеска. IX Колоквијум романиста Централне и источне Европе и Азије (Нови Сад, 24–26 октобра 2002): Реферати и саопштења I / Одг. уред.: А. Маленица и П. Каталано; Ред.: К. Трофини и Д. Тузов. Нови Сад, 2004. С. 127–128.
- ⁶ *Paul.* I.S. de iuris et facti ign. (D. 22.6.9).
- ⁷ О займах с подвластными и *senatus consultum Macedonianum* см. подробнее: Zimmermann R. Op. cit. P. 177–181.

В ситуации, когда несовершеннолетний взял деньги займа и растратил их, иск кредитора против юного удовлетворению не подлежит¹; при этом отказ в иске также представляет собой *in integrum restitutio*, поскольку обязательство несовершеннолетнего прекращается².

Но проблема возникает, если несовершеннолетний взял займы у несовершеннолетнего, так как в этом случае реституционные привилегии каждого вступают в конфликт. В соответствии с правилом *privilegiatus contra aequè privilegiatum iure communi utitur*, в ситуации столкновения равновесных привилегий необходимо использовать общее установление (*iura singularia* взаимно уничтожаются)³, которое здесь представлено простой максимой: несовершеннолетний, взявший деньги займа, должен их вернуть⁴. Можно попробовать объяснить решение Павла в пользу заемщика двумя способами: а) с одной стороны, при отступлении двух реституционных привилегий в ситуации займа с участием подвластного сохраняется македонская привилегия⁵, однако с учетом того, что привилегия заемщика всегда уступает привилегии несовершеннолетнего, как было показано выше, такое обоснование не представляется удовлетворительным; б) с другой стороны, в тексте соответствующего фрагмента можно заметить максиму *melior est causa consumentis*⁶, которая наряду с аналогичными ей *melior est causa possidentis* и *melior est causa occupantis*⁷ призвана разрешать конфлик-

¹ Gai. 4 ad ed. provinc. (D. 4.4.27.1).

² Тузов Д.О. Указ. соч. С. 127–128; Zimmermann R. Op. cit. P. 177–181.

³ Можно также заметить, что как в рассматриваемом фрагменте Павла, так и в указанном выше фрагменте Гая конфликт привилегий исключается (на это также указывает Д.О. Тузов, обсуждая вопрос об последствиях реституции для несовершеннолетнего займодавца (см.: Тузов Д.О. Указ. соч. С. 127–128)), если несовершеннолетний заемщик обогатится за счет займодавца, что отсылает нас ко второму правилу коллизии привилегий.

⁴ Thibaut A.F.J. Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Ausg. Bd. II. S. 243–249.

⁵ Представляется, что этот случай отличается от ситуации, описанной во фрагменте D. 4.4.27.1, участием именно подвластного несовершеннолетнего заемщика, тогда как у Гая заемщиком выступал несовершеннолетний *sui iuris*.

⁶ Данное правило также описывается в: Fraser P. A Treatise on the Law of Scotland: As Applicable to the Personal and Domestic Relationships. Vol. II. Edinburgh, 1846. P. 245.

⁷ На генетическое единство названных правил указывается и в литературе (см.: Holzschuher R. Freiherrn von. Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts: Ein Handbuch für Praktiker. Bd. I. Leipzig, 1843. S. 118; Regelsberger F. Op. cit. S. 233). Аналогичным образом устанавливать приоритет по времени возникновения привилегии (на основе максимы *lex posterior derogat priori*) предлагает Христиан Глюк (см.: Glück Chr.F. Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar. Th. 2. 2. Aufl. Erlangen, 1800. S. 10–22), чье мнение также упоминает и отвергает Тибо, однако здесь снова видно, что коллизия привилегий часто замещается коллизией норм (см.: Unger J. Op. cit. S. 625), на основании которых привилегии были предоставлены. Мнение Глюка не может быть принято (если мы рассматриваем именно коллизии привилегий, а не норм) и в связи с наличием фрагмента Павла (см.: Paul. I.S. reg. (D.42.5.32)), на который тоже указывает Хольцшюэр.