

КЛАССИКА
РОССИЙСКОЙ
ЦИВИЛИСТИКИ

К.И. Малышев

**Избранные труды
по конкурсному процессу
и иным институтам
торгового права**

2-е издание, с изменениями

Москва • 2023



УДК 347
ББК 67.404
М20

Председатель редакционной коллегии серии
д-р юрид. наук, проф. *Е.А. Суханов*

Редакционная коллегия серии:
д-р юрид. наук, проф. *В.В. Витрянский*
д-р юрид. наук, проф. *П.В. Крашенинников*
А.Г. Долгов
канд. юрид. наук *А.В. Ем*

Редакционная коллегия издания:
канд. юрид. наук, доц. *В.С. Ем*,
канд. юрид. наук *Ю.В. Тай*,
канд. юрид. наук *И.В. Стасюк*

Малышев, Кронид Иванович.

М20 Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права / К. И. Малышев.— 2-е изд., с изм. — М.: Статут, 2023. — 795 с. (Классика российской цивилистики.)

ISBN 978-5-8354-1924-1 (в пер.)

Предлагаемая читателю книга написана выдающимся ученым-юристом, профессором юридического факультета Императорского Санкт-Петербургского университета Кронидом Ивановичем Малышевым (1841—1907). В настоящем издании представлено монографическое исследование молодого ученого по теме «Исторический очерк конкурсного процесса», которое между тем дает полное представление о глубине познаний и научной зрелости автора. В указанной работе предпринята попытка комплексного сравнительно-исторического исследования генезиса развития института несостоятельности начиная с Древнего Рима. Также в данную книгу включены несколько статей в области торгового права, у истоков разработки которого в России по всеобщему признанию стоял К.И. Малышев. Книга К.И. Малышева — это одновременно и прекрасное учебное пособие для студентов и аспирантов юридических вузов, и яркий пример добросовестного научного исследования, не утратившего своей актуальности до наших дней.

УДК 347
ББК 67.404

Издательство выражает искреннюю признательность
Ивану Васильевичу Стасюку за помощь в переиздании настоящей книги.

ISBN 978-5-8354-1924-1

© Ю.В. Тай, вступ. ст., библиогр., 2007
© И.В. Стасюк, предисловие, 2023
© Издательство «Статут», 2007
© Переиздание, оформление. Издательство «Статут», 2023

Кронид Иванович Малышев и «Исторический очерк конкурсного процесса»

Обращаясь к извечному вопросу об актуальности работ русских дореволюционных юристов для современного читателя, важно понимать, что каждое из этих исследований, в зависимости от его тематики и результатов, в том числе в области банкротного права, имеет свои, особые основания для того, чтобы быть вновь изданным и прочитанным спустя более сотни лет с момента его опубликования.

Наследие русской цивилистики дает блестящие образцы научного осмысления, детальной проработки важных для науки и практики вопросов, сравнительно-исторических экскурсов и широкого привлечения работ иностранных авторов и зарубежного законодательства.

Оценивая значение наследия русской цивилистики для современного права, можно обратиться (что весьма примечательно) к мнению самого Крониды Ивановича относительно роли римского права в развитии современных ему правовых систем: «Значение римского права для современного мира состоит не в том только, что многие его начала приняты новыми народами и продолжают действовать до настоящего времени. Еще важнее и глубже его влияние на юридическое мышление и науку нового мира. На нем воспитывалась юридическая мысль Европы, из материалов его впервые сформулированы научным образом разные понятия и выработана система права, оно служит юридическою логикою для законодателей, судей и ученых юристов и до сих пор составляет исходный пункт для каждого серьезного исследования по гражданскому праву»¹. Также и для нашего времени русская цивилистика может служить некоей путеводной звездой, учителем стиля и примером глубины исследования.

Книги, затрагивающие вопросы банкротного права (впрочем, пожалуй, не они одни), актуальны не только с методологической точки зрения, не только как пример добросовестной научной работы, но и содержа-

¹ *Малышев К.И.* Курс общего гражданского права России. Т. 1. СПб., 1878. С. 25.

тельно. Во-первых, многие базовые институты банкротного права были известны еще в Древнем Риме. Например, известный *actio Pauliana* — иск, защищающий кредиторов должника от неправомерного отчуждения имущества последним, был известен и в Древнем Риме, и сейчас (ст. 61.2, 61.3 Закона о банкротстве, положения об оспаривании сделок должника, совершенные в ущерб кредиторам, известны и большинству иностранных правовых порядков). Вместе с тем вопреки расхожему мнению далеко не каждый институт частного права имеет римские истоки.

Во-вторых, более 70 лет, в советскую эпоху, банкротное право не просто не развивалось, а, по сути, вовсе не существовало, чего не скажешь о многих иных цивилистических институтах, конструкциях и понятиях, которые наряду с дореволюционным имеют и советский бэкграунд.

Магистерская диссертация Кронида Ивановича Малышева «Исторический очерк конкурсного процесса», изданная в 1871 г., является первым в русской литературе исследованием, систематизировавшим опыт банкротного регулирования в ведущих юрисдикциях. Открывая работу К.И. Малышева, мы погружаемся не только в современную ему эпоху, но и во времена более отдаленные — Древний Рим, средневековье, и так до современных автору законодательств. Однако чтение книги и погружение в материал позволяют отбросить сомнения в актуальности — ведь мы сталкиваемся на ее страницах с обсуждением тех же проблем.

Книга посвящена развитию банкротного права в его историческом развитии в шести юрисдикциях: Древний Рим, средневековая Италия, Франция, Англия, США, Германия и Австрия.

В своей речи на диспуте, посвященном защите магистерской диссертации (состоявшемся 11 апреля 1871 г.), Кронид Иванович, говоря о проблемах в литературе о конкурсном процессе, выделил тенденцию к обращению в комментариях только к действующему законодательству, в то время как прошлый закон после его отмены сразу же отводится на «задний план». Проблема вполне актуальная и для наших дней — за относительно небольшую современную российскую историю российского банкротного права оно регулировалось тремя законами о банкротстве (1992, 1998, 2002 гг.), причем некоторые институты получали порой диаметрально противоположное регулирование. Между тем, отметил Малышев, «для критического изучения начал конкурсного процесса с целью новой, лучшей его организации такие работы, очевидно, недостаточны. Посвященные текущим вопросам дня, возникающим в данной местности, при данном состоянии законодательства, они назначены только служить потребностям местной судебной практики и сходятся с нею в одном общем принципе: *dura lex, sed*

lex est. Прогрессивное движение законодательства не может основываться на этом начале, а должно определяться законами истории и стоять в связи с опытом и с сознанием всех просвещенных народов. Только сравнительный анализ понятий, постепенно развивающихся на исторической сцене, может указать нам дальнейшее их направление».

Попробуем выделить некоторые моменты данного исторического исследования, которые не утратили актуальности и поныне и могли бы послужить руководством в современных научных изысканиях, а также и практической работе юристов.

Обращение взыскания на имущество и на личность должника

В разделе, посвященном конкурсному процессу Древнего Рима, К.И. Малышев отмечает, что в древности стечение требований нескольких кредиторов к одному должнику могло приводить буквально к делению тела должника между кредиторами, должник отвечал по своим долгам лично собою и своей семьей. Впрочем, по словам самого автора, такая форма последствий неуплаты относится к древнему периоду и устарела еще во времена XII таблиц. В эпоху же XII таблиц кредитор получал свое удовлетворение за счет работы должника в пользу кредитора и продажей принадлежавшего должнику имущества.

В целом книга Малышева хорошо демонстрирует, что идея личной ответственности, задержания за долги, наряду с обращением взыскания на имущество была известна многим правопорядкам на протяжении длительного времени: так, во Франции арест должника допускался по торговым обязательствам и в XVII в., но по обязательствам неторговым допустимость ареста должника ограничивалась ордонансом 1667 г. случаями недобросовестного поведения со стороны должника. Обращение же взыскания исключительно на имущество должника, не затрагивая его личности, по сути есть достижение позднейшего времени, характерное отличие современных банкротных институтов от их предшественников. В Италии в раннем средневековье кредитор мог задержать должника и без содействия судебной власти, в XI–XII вв. такой самоуправный арест был запрещен, но дозволялся с разрешения судебной власти.

В Англии арест должника в связи с неоплатой долгов сохранялся вплоть до XIX в. и первоначально мог предполагать содержание в тюрьме бессрочно, до выплаты долгов. Постепенно эти возможности ареста ограничивались (должник мог просить об освобождении от ареста при долгах менее 100 фунтов, ограничивались сроки пребывания в тюрьме при небольшом размере долга и т.д.), но сама по себе мера в виде личного ареста сохранялась.

Условия и объявление несостоятельности

Начало банкротного процесса могло быть обусловлено заявлением самого должника или требованиями его кредиторов при условии, что должник прекратил платежи. В Древнем Риме основанием для *missio in bona* (введение во владение имуществом должника) с последующей его продажей было требование кредитора с указанием на неоплату долга. Доказательством такой неоплаты мог служить, в частности, тот факт, что должник скрылся от кредиторов.

В государствах средневековой Италии инициатива должника об открытии конкурса была нередко запрещена. По мнению итальянского купечества и юристов, несостоятельность наступала не в момент объявления ее судом, а тогда, когда должник скрылся от кредиторов. При этом, если должник продолжал пользоваться кредитом в торговом мире, он не считался несостоятельным, хотя бы он и не мог уже покрыть всех своих долгов¹.

Пожалуй, наиболее четкую формулировку, раскрывающую условия объявления должника несостоятельным, Малышев приводит применительно к французскому законодательству (ордонанс 1673 г., Торговый устав 1808 г.). Условием объявления должника несостоятельным было прекращение им платежей. При этом французские юристы и судебная практика признавали, что, с одной стороны, неплатежеспособность может наступить и при превышении активов над размером долгов, а с другой стороны, торговец при помощи кредита и оборотливости может справляться с платежами и при недостаточности имущества для покрытия всех долгов. Примечательно, что российское законодательство не признает приоритета неплатежеспособности над недостаточностью имущества, в равной степени признавая их основаниями для обращения должника в суд с заявлением о собственном банкротстве (ст. 9 Закона о банкротстве), что приводит к достаточно абсурдному результату — компания, не допустившая просрочки платежей, тем не менее обладает признаками банкротства, например, в силу того, что его наличного имущества недостаточно для покрытия всех долгов, срок возврата которых наступит через длительное время.

В Англии (согласно банкротному уставу 1825 г.) право просить о признании должника несостоятельным могли кредиторы, однако должник не мог инициировать собственное банкротство. Впоследствии (согласно уставу 1849 г.) должник был наделен таким правом, но при условии, что

¹ Из текста не вполне ясно, идет ли речь о том, что не может считаться банкротом тот, кто, хотя и не имея достаточно средств на оплату долга, может его заплатить за счет нового кредита, или о том, что само по себе превышение активов над пассивами еще не влечет банкротства.

он может удовлетворить требования кредиторов в размере не менее 5 шиллингов на фунт (т.е. не менее 25% требований). Право же на прошение со стороны кредиторов было обусловлено суммой долга (не менее 50 фунтов для одного кредитора, 70 фунтов в совокупности для двух кредиторов и 100 фунтов для трех). Примечательно, что такая просьба могла быть заявлена и при долгах, срок платежа по которым не наступил. Российское же законодательство (ст. 6 и 7 Закона о банкротстве) требует не только наступления срока платежа и последовавшей за тем трехмесячной просрочки, но и судебного подтверждения существования долга (если только долг не возник из кредитного договора).

Управление и продажа активов должника

Повсеместно объявление должника несостоятельным влечет отстранение его от управления имуществом. Далее оно поступает в управление кредиторов (римское право) или под надзор суда и управляется специально назначенным управляющим (куратором, комиссаром).

Имущество должника подлежало продаже. Так, в Древнем Риме должнику предоставлялся короткий срок (30 дней), в течение которого он мог спасти свое имущество от продажи, рассчитавшись с кредиторами. Впоследствии кредиторы выбирали уполномоченное лицо (*magister*), которое делало публикации о продаже, вызывая таким образом желающих участвовать в аукционе. При продаже определялся процент, который покупатель должен был уплатить кредиторам, впоследствии каждый кредитор получал причитающееся ему самостоятельно. В целом, покупатель становился правопреемником должника. Так, требования и иски против третьих лиц также переходили к покупателю. Не вполне ясна судьба требований кредиторов, ранее не заявивших свои требования, а именно могли ли они предъявлять их теперь к новому собственнику имущества.

Итальянское средневековое банкротство также знает продажу актива на аукционе.

Во Франции согласно Торговому уставу 1808 г. вопрос выбора попечителя конкурсной массы относился исключительно к компетенции кредиторов — суд данный вопрос никак не регулировал. Однако через некоторое время (с 1838 г.) управляющий стал назначаться судом. По общему правилу его задачей была продажа имущества должника на торгах и обращение имущества в деньги для распределения их между кредиторами. В то же время кредиторы могли принять решение о продолжении торговой деятельности должника. Однако неудачи деятельности предприятия ложились в качестве убытков и на кредиторов, проголосовавших за продолжение

деятельности, — пропорционально размеру их требований. Последнее положение весьма любопытно в свете проекта изменений в российский Закон о банкротстве, предполагавший схожие положения о продолжении хозяйственной деятельности на стадии конкурсного производства.

Достаточно интересен вопрос о реализации имущества должника согласно русскому конкурсному уставу 1855 г. По словам Малышева, управляющий обладал широкими правами в отношении конкурсной массы и мог распродавать ее любым удобным способом, что, видимо, не исключало и продажу, минуя торги. Безусловно, что для применения таких способов реализации конкурсной массы управляющий должен пользоваться исключительным доверием со стороны кредиторов.

Оспаривание сделок

Малышев не уделяет много внимания вопросу отмены сделок должника, совершенных им в преддверии банкротства и причиняющих вред кредиторам, хотя этот институт также был известен еще в Древнем Риме (*actio Pauliana; fraudatorium interdictum; actio in factum*). Автор замечает, что еще римскому праву был известен институт признания недействительными платежей, совершенных в пользу одного из кредиторов в ущерб другим. Впрочем, такое ограничение действовало лишь с момента *missio in bona*, в то время как платеж, совершенный до этого, не мог быть оспорен, хотя бы кредитор и знал о неплатежеспособности должника, платеж был сделан досрочно или по обязательствам, не подлежащим исковой защите¹. Удивительно, что и в наше время институт оспаривания сделок с преимущественным удовлетворением остается чем-то контринтуитивным и не кажется некоторым юристам естественным².

Условием для удовлетворения иска о возврате имущества в конкурсную массу было совершение некоего положительного действия со стороны должника, влекущего растрату имущества (передача вещи, установление об-

¹ Примечательно и любопытно объяснение, которое приводили римские юристы такому положению: истребование платежа со стороны кредитора было, по их мнению, проявлением бдительности и заботливости, и было бы несправедливо наказывать кредитора за то, что он опередил других нерадивых кредиторов. В наше время взгляд на причины такого поведения должника и кредитора (по учинению платежа раньше срока и его получению) совершенно иное — в этом усматривается недобросовестность кредитора и его аффилированность с должником, ведь «просто так», «случайно» должник досрочно исполнять никому не станет.

² Можно вспомнить достаточно острые дискуссии, в том числе в юридическом обществе, касательно права истребования у вкладчиков полученных денег от банка, находившегося в предбанкротном состоянии.

ременения или уничтожение права). Однако простой отказ от приобретения права со стороны должника не был основанием для иска. Примечательно, что в современной практике преобладает более широкий подход. Так, признается, что может быть оспорен отказ от принятия наследства, который по сути своей является бездействием. С другой стороны, отказ от наследства подразумевает отчуждение имущества другим лицам (обычно — близким родственникам должника). Простое же упущение в пользу неопределенного круга лиц (например, если должник не вступил в выгодную сделку, которая могла улучшить его финансовое положение) и в наше время не может быть оспорено, так как это было бы слишком серьезным поправлением стабильности гражданского оборота, нарушающим интересы лиц, которые могли и не подозревать о существовании должника и его финансовых делах.

Итальянское средневековое право предусматривает существенное отличие от римского в вопросе о недействительности сделок должника в том, что арест на имущество должника простирался согласно итальянским законам и на имущество, отчужденное незадолго до открытия процесса несостоятельности (от 15 дней до 3—4 месяцев в разных городах), поскольку эти отчуждения предполагались недобросовестными (что, впрочем, могло быть опровергнуто).

Французское банкротное право обнаруживает достаточно знакомую нам систему недействительности сделок должника в зависимости от периода ее совершения. Закон 1838 г., внесший изменения в Торговый устав 1808 г., выделяет три группы сделок: 1) сделки, совершенные за 10 дней до прекращения платежей и ранее, предполагались добросовестными, однако могли быть признаны недействительными путем предъявления *actio Pauliana*; 2) сделки, совершенные менее чем за 10 дней до прекращения платежей и до момента объявления несостоятельности по судебному решению, могли как признаваться недействительными по иску кредиторов, так и быть ничтожными в силу закона (например, безвозмездная передача имущества, платеж по обязательству с ненаступившим сроком платежа); 3) наконец, все сделки, совершенные должником после объявления его несостоятельным, были ничтожны в силу закона.

Английское законодательство (согласно уставам 1849 и 1861 гг.) также устанавливало определенные сроки, в рамках которых совершенные сделки признаются недействительными. Так, недействительными признавались сделки, совершенные за два года впадения в несостоятельность. Сделки, совершенные за более длительный период (в пределах 10 лет) до банкротства, также могли быть признаны недействительными, при этом для сохранения этих сделок их стороны должны были доказать, что в момент сделки должник был еще платежеспособен.

Примечательно, что практически все правовые системы увязывали периоды оспаривания сделок с моментом наступления фактической неплатежеспособности, а не с моментом ее признания судом. В этом смысле положения российского Закона о банкротстве (ст. 61.2, 61.3), согласно которому периоды подозрительности считаются с момента возбуждения дела о банкротстве, конечно, имеют то преимущество, что освобождают суды и стороны от непростой процедуры установления даты наступления неплатежеспособности, но в то же время являются негибкими и связывают судьбу кредиторского оспаривания с довольно случайным обстоятельством.

Резюмируя наши краткие заметки касательно некоторых аспектов банкротства в разных странах и в разные эпохи (ни в коей мере не называем их ключевыми или важнейшими, поскольку сама книга и есть систематизация важнейших элементов банкротных систем разных периодов), можно отметить следующее. В первом приближении работа Малышева «Исторический очерк конкурсного процесса» — это прекрасный, систематизированный справочный материал, который будет полезен всякому, кто занимается научными исследованиями в сфере банкротства и обращается к истории изучаемого института. Однако книга может рассматриваться и как свод основных принципов банкротного права, которые остаются неизменными от века к веку, от юрисдикции к юрисдикции. В основу архитектуры книги положен сначала географический принцип (каждая глава посвящена отдельной юрисдикции), а внутри глав применяется принцип хронологический (от более старого законодательству к более новому, от открытия конкурсного производства к его завершению), так что для кристаллизации принципов и базовых элементов любого банкротства потребуется некоторое интеллектуальное усилие. Однако именно этим книга и может быть интересна не только с сугубо утилитарной точки зрения (несколько ссылок для научной работы по конкретному вопросу), но и для понимания того, что же есть банкротство вообще, как работает этот институт и какие положения для него органичны и естественны вне зависимости от конкретных законодательных установлений и юрисдикции.

Иные работы К.И. Малышева

Библиография Кронида Ивановича указывает на широту его интересов. Помимо работы «Исторический очерк конкурсного процесса» им были написаны трехтомный «Курс гражданского судопроизводства» (СПб., 1874–1879), «Курс общего гражданского права России» (Т. 1.