
Пункт 1





1. В соответствии с пунктом 2 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ, Кодекс) предмет договора купли-продажи может быть как товар, имеющийся в наличии у продавца в момент заключения договора, так и товар, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара (договор купли-продажи будущей вещи).

В силу пункта 5 статьи 454 Кодекса к отдельным видам договора купли-продажи применяются положения, предусмотренные параграфом 1 главы 30 ГК РФ, если иное не установлено правилами Кодекса об этих видах договоров.

В связи с тем, что параграф 7 главы 30 ГК РФ не содержит положений, запрещающих заключение договоров купли-продажи в отношении недвижимого имущества, право собственности продавца на которое на дату заключения договора не зарегистрировано в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – ЕГРП), но по условиям этого договора возникнет у продавца в будущем (договор купли-продажи будущей недвижимой вещи), судам следует исходить из того, что отсутствие у продавца в момент заключения договора продажи недвижимости права собственности на имущество – предмет договора – само по себе не является основанием для признания такого договора недействительным.

В то же время судам необходимо иметь в виду, что для государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество к покупателю (статьи 131 и 551 ГК РФ) продавец должен обладать правом собственности на него.

КОММЕНТАРИЙ

1. Пунктом 4 Постановления № 54 судам предложено при рассмотрении споров, вытекающих из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, устанавливать правовую природу соответствующих договоров и разрешать спор по правилам гл. 30 («Купля-продажа»), гл. 37 («Подряд»), гл. 55 («Простое товарищество») ГК РФ и т.д. При этом если не установлено иное, договоры, связанные с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, надлежит оценивать как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи.

В п. 1 же Постановления № 54 со ссылкой на п. 2 ст. 455 ГК РФ и положения § 7 «Продажа недвижимости» гл. 30 Кодекса обосновывается правовая позиция об отсутствии правовых препятствий к заключению договора купли-продажи недвижимости, право собственности продавца на которую на день заключения договора не зарегистрировано в ЕГРП, если по условиям договора такое право должно возникнуть у продавца в будущем.

Таким образом, разъяснения, содержащиеся в п. 1 Постановления № 54, являются ключевыми в контексте предложенной в его п. 4 квалификации соответствующих договоров, этими разъяснениями логически предваряется последующее изложение правовых позиций Пленума, относящихся к купле-продаже будущих недвижимых вещей как основной формы приобретения недвижимости, создаваемой при финансовом участии инвесторов.

Правовой основой для этих правовых позиций и служат положения п. 2 ст. 455 ГК РФ, на толковании которых, главным образом, и выстроено комментируемое постановление.

2. Стоит отметить, что на день принятия Постановления № 54 в науке гражданского права и в судебной практике сформировались противоположные суждения относительно возможности продажи вещи, собственником которой на день заключения договора продавец не обладает, и в частности о применимости положений п. 2 ст. 455 к случаям продажи недвижимости.

Как отмечает В.П. Мозолин, в силу закона не могут быть будущими вещами по договору купли-продажи объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, вместе с тем, в ГК РФ, как и в других законах, не указываются критерии относимости товара к будущим вещам как предметам договора купли-продажи. Основываясь на формулировке п. 2 ст. 455 Кодекса, автор предлагает считать, что у продавца в момент заключения договора «должна существовать реальная возможность создания или приобретения вещи в будущем. Так, продажа квартиры в строящемся доме или хотя бы в доме, который должен строиться, но пока существует лишь на бумаге, в технической документации, будет считаться правомерной продажей будущей вещи. С другой стороны, продажа квартиры в неиндивидуализированном доме, вопрос о строительстве которого вообще не решен и на который не имеется технической документации, должна признаваться недействительной сделкой»³.

С указанной позицией не согласны авторы другого комментария к ГК РФ, которые отмечают, что заключенный в п. 2 ст. 455 подход,

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части второй) (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. Автор комментария к § 1 гл. 30 *Мозолин В.П.* // Юрайт, 2003. (Здесь и далее, если не оговорено иное, источники цитируются по СПС КонсультантПлюс.)

согласно которому договор купли-продажи может быть заключен в отношении «будущих» вещей, то есть таких, которые либо еще не существуют вовсе, либо не принадлежат продавцу, основывается на принципиальном разграничении обязательственных и вещно-правовых последствий в рамках конструкции консенсуального договора. Поскольку для совершения консенсуального договора (в том числе и купли-продажи) наличие титула в отношении предмета не является необходимым, нет принципиальных препятствий для заключения договора в отношении чужой или еще не созданной вещи. Категория же «реальная возможность продавца» достаточно абстрактна и субъективна. «Законодатель отнюдь не стремился ограничить оборот с помощью придания юридического значения «возможностям» (?) продавца. Словосочетание «товар, который будет создан или приобретен продавцом в будущем» использовано ... исключительно в качестве антитезы «товару, имеющемуся в наличии у продавца»⁴.

В обоснование такой позиции авторы указанного Комментария ссылаются на ст. 3.3 «Первоначальная невозможность исполнения» Принципов международных коммерческих договоров (Принципов УНИДРУА), согласно которой сам факт, что в момент заключения договора исполнение принятого обязательства было невозможным, равно как и тот факт, что в момент заключения договора сторона не была управомочена распоряжаться имуществом, к которому относится договор, не влияют на действительность договора.

Указанная позиция разделяется и некоторыми другими авторами.

Как отмечается в другом Комментарий к ГК РФ, «консенсуальный характер договора позволяет считать существенным наличие права собственности у продавца не в момент заключения договора, а в момент перенесения права собственности на покупателя. Разумеется, если продавец не смог приобрести права собственности на обещанный товар к требуемому моменту, он не освобождается от ответственности за исполнение своего обязательства (см. общую норму п. 3 ст. 401 ГК)»⁵.

Аналогичная позиция высказана Д.О. Тузовым, отмечающим, что «...в ожидании государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость покупатель, который до момента такого перехода не может считаться управомоченным на распоряжение, вполне может тем не менее заключить с третьим лицом обязатель-

⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева // Проспект, 2010. Автор Комментария к гл. 30 Павлов А.А.

⁵ Алексеев С.С., Васильев А.С., Голофаев В.В. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (постатейный) / Под ред. С.А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2009. Автор Комментария к гл. 30 Мурзин Д.В.

ственный договор об отчуждении приобретаемой недвижимости. Заключая обязательственную сделку, неуправомоченный отчуждатель, действительно, не обладает правом собственности на отчуждаемую вещь, но этого и не требуется, поскольку в условиях действия системы традиции (п. 1 ст. 223 ГК) продавец должен быть собственником только в момент передачи права собственности, а не в момент установления обязательственных отношений между ним и покупателем... Но можно ли заранее делать вывод о том, что до наступления обусловленного для передачи товара срока (то есть срока исполнения договора купли-продажи) продавец не сможет приобрести товар в собственность? Очевидно, нет, а потому и говорить о первоначальной объективной невозможности исполнения, влекущей ничтожность договора, в данном случае нельзя...»⁶.

Рассматривая приведенные позиции, необходимо отметить, что продажа квартиры в неиндивидуализированном доме означает, что стороны не договорились о товаре, который является предметом договора купли-продажи. Согласно п. 3 ст. 455 ГК РФ условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара. Недостижение согласия по условию договора о товаре (квартиры в неиндивидуализированном доме) влечет вывод не о недействительности договора, а о его незаключенности, так как условие о товаре в договоре купли-продажи является существенным условием договора, без которого он не может считаться заключенным.

Вместе с тем, то обстоятельство, что вопрос о строительстве дома, в котором продается будущая квартира, не решен или хотя бы и решен в принципе, но техническая документация (проект) на строительство не разработана, или хотя бы и разработана, но не утверждена, само по себе не означает, что по указанной причине предполагаемый к строительству дом, в котором должна будет располагаться продаваемая квартира, не может быть индивидуализирован, а потому договор о продаже квартир в таком доме должен признаваться незаключенным.

Индивидуализация дома, который должен быть построен, осуществляется не обязательно на основании утвержденного проекта, но и по иным индивидуализирующим признакам, таким, например, как месторасположение этого дома и его предполагаемые характеристики, к числу которых относятся назначение предполагаемого к строительству объекта (жилое здание, общественно-деловой центр, торгово-развлекательный комплекс и т.д.), а также ориентировочная площадь жилых и нежилых помещений, машиномест и так далее.

Практика привлечения инвесторов к финансированию проектирования и строительства объектов недвижимости, планируемых к

⁶ *Тузов Д.О.* Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007.

сооружению органами публично-правовых образований, свидетельствует о том, что вначале уполномоченным государственным или муниципальным органом принимается принципиальное решение о том, что есть необходимость в строительстве определенного объекта в определенном месте, а затем осуществляется поиск инвесторов, никакого проекта на этой стадии, естественно, еще нет, его только предстоит разработать, а это само по себе требует немалых средств, для чего (в том числе) и привлекается инвестор.

Что же касается возможности оценивать действительность договора купли-продажи будущей недвижимой вещи, исходя из того, имеет ли продавец на день заключения договора реальную возможность построить или приобрести объект недвижимости, в котором должна располагаться продаваемая квартира или нежилое помещение, то следует согласиться с теми исследователями, которые полагают, что такая позиция не основана на положениях п. 2 ст. 455, которые подобного не устанавливают.

Продавец, строго говоря, не обязан посвящать покупателя в свои планы относительно того, каким именно способом продавец намеревается приобрести к моменту исполнения своих обязательств перед покупателем права на объект, в котором будет располагаться недвижимость, продаваемая по договору купли-продажи будущей недвижимой вещи, а покупателя это не должно заботить.

Стоит отметить, что по одному из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ задолго до принятия Постановления № 54, был признан ошибочным вывод кассационного суда о недействительности договора об участии в инвестировании строительства жилого дома, мотивированный отсутствием у ответчика правом распоряжения помещениями в намеренном к постройке жилом доме (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 ноября 2004 г. № 8887/04).

Как указано в этом постановлении, ЗАО «Фирма «Р.К.Г.» (далее – фирма) обратилось в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с исковым требованием к ООО «ИНДРА СПб» о признании недействительным договора от 22 мая 1999 г. № 465-РКГ/99, заключенного между истцом и ответчиком, об участии ответчика в инвестировании строительства жилого дома, расположенного по адресу: Санкт-Петербург, г. Пушкин, южная часть, Павловское шоссе, квартал 9, корп. 11.

Исковое требование мотивировано следующими обстоятельствами. Распоряжением Мэра Санкт-Петербурга от 30 апреля 1996 г. № 403-р право на привлечение средств на строительство указанного жилого дома было предоставлено АОЗТ «Созидание». Истец, передав это право ответчику, нарушил указанное распоряжение. Кроме того, в нарушение требований ст. 24 ЖК РФ стороны распределили квартиры в непостроенном объекте. Предметом сделки стал объект недвижимости, который вопреки ст. 25 Закона о регистрации не про-

шел государственной регистрации. Договор в части уступки права требования квартир ничтожен, поскольку у истца на момент заключения договора отсутствовало право собственности на эти квартиры.

Решением суда первой инстанции от 30 сентября 2003 г., оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции от 5 января 2004 г., в удовлетворении искового требования было отказано.

ФАС Северо-Западного округа постановлением от 15 апреля 2004 г. указанные судебные акты отменил и вынес новое решение: договор от 22 мая 1999 г. № 465-РКГ/99 признал недействительным.

В заявлении, поданном в ВАС РФ, общество «ИНДРА СПб» указало, что договором в качестве встречного удовлетворения предусмотрена не уступка фирмой обществу «ИНДРА СПб» права требования к обществу «Созидание», а обязанность фирмы передать обществу «ИНДРА СПб» в счет внесенных инвестиций определенные квартиры после завершения строительства объекта.

Отменяя постановление суда кассационной инстанции и оставляя без изменения решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции, Президиум ВАС РФ указал следующее.

Суд кассационной инстанции, отменив решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции и удовлетворив иск, сослался на то, что фирма как подрядчик на момент заключения договора от 22 мая 1999 г. не имела права на привлечение инвесторов для строительства объекта.

Кроме того, суд счел, что указанный договор как договор уступки фирмой обществу «ИНДРА СПб» права требования на квартиры является ничтожным, так как фирма к этому времени еще не выполнила своих обязательств по договору строительного подряда.

Как указал Президиум ВАС РФ, эти доводы суда кассационной инстанции не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, установленным судом первой инстанции, и основаны на ошибочной правовой оценке фактических взаимоотношений сторон.

Как установлено судом первой инстанции, распоряжением Мэра Санкт-Петербурга от 30 апреля 1996 г. № 403-р на общество «Созидание» были возложены функции заказчика по строительству жилых домов (корп. 11, 13 в квартале 9 южной части Пушкинского района) за счет привлечения средств юридических и физических лиц. Заключенным между заказчиком (обществом «Созидание») и подрядчиком (фирмой) договором подряда на строительство жилых домов от 11 декабря 1996 г. № 4 предусмотрена передача заказчиком подрядчику в счет оплаты за выполненную работу по корп. 13 109 квартир в этом корпусе и соответствующего количества квартир, определяемого дополнительным соглашением по корп. 11. Пунктом 3.2.1 договора подрядчику предоставлено право заключать договоры на реализацию причитающихся ему квартир, указанных в приложе-

нии № 1. Договор в этой части не противоречит ни законодательству об инвестиционной деятельности, ни упомянутому распоряжению мэра.

Как отметил Президиум, суды первой и апелляционной инстанций обоснованно, исходя из содержания договора от 22 мая 1999 г. № 465-РКГ/99, признали, что предметом договора является участие общества «ИНДРА СПб» в инвестировании строительства корпуса 11 жилого дома, в соответствии с которым фирма приняла на себя обязательство после завершения строительства дома передать в собственность инвестору или по его указанию третьим лицам квартиры, перечисленные в приложении № 1, в соответствии с его долей в инвестировании и подготовить полный комплект документов и передать их в уполномоченные на то организации для оформления прав собственности инвестора на соответствующие помещения в срок не позднее трех месяцев со дня принятия дома в эксплуатацию государственной комиссией.

Названными судебными инстанциями этот договор правомерно признан соответствующим законодательству об инвестиционной деятельности, распоряжению Мэра Санкт-Петербурга от 30 апреля 1996 г. № 403-р и учитывающим права фирмы на распоряжение объектом недвижимости, вытекающие из договора от 11 декабря 1996 г. № 4.

Президиум ВАС РФ пришел к выводу о том, что содержание договора от 22 мая 1999 г. 465-РКГ/99 и предусмотренный им порядок выполнения взаимных обязательств сторон не давали суду кассационной инстанции оснований для квалификации его как договора уступки требования только в силу наличия в договоре указания об уступке обществом «ИНДРА СПб» права требования фирмы к обществу «Созидание» на соответствующие жилые помещения.

Комментируя указанное постановление и доводы истца, С.В. Сарбаш отметил, что «в момент заключения договора никаких прав собственности подрядчиком не передавалось, поскольку он лишь принял на себя обязательство передать эти права в будущем. Теория гражданского права и законодательство допускают заключение договора, предусматривающего отчуждение имущества, лицом, которому в момент заключения договора соответствующее имущество еще не принадлежит (п. 2 ст. 455 ГК РФ). Передача имущества, равно как и передача права собственности на него, может осуществляться в процессе исполнения возникших из договора обязательств и не совпадать с моментом заключения самого договора»⁷.

⁷ Сарбаш С.В. Дело «Фирма «Р.К.Г.» против «ИНДРА СПб». Иванов А.А. Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: Избранные постановления за 2004 г. с комментариями / Под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2007.

Далее автор пишет: «Возникавшие в названной сфере судебные споры осложнялись тем, что правовая природа так называемых инвестиционных договоров или договоров долевого строительства в судебной практике оценивалась неоднозначно... Действующее гражданское законодательство по формальным причинам не позволяет квалифицировать их как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи, хотя именно к этой разновидности договоров они и должны относиться с теоретической точки зрения»⁸.

Комментируемым постановлением эта проблема в настоящее время разрешена путем системного толкования положений § 1 гл. 30 ГК РФ, и прежде всего п. 2 ст. 455 и положений § 7 той же главы о продаже недвижимости, Пленум пришел к выводу о том, что законодательных препятствий к квалификации соответствующих договоров как договоров купли-продажи будущей недвижимой вещи не имеется.

3. Если по вопросу о том, что продавец может обязываться по поводу недвижимой вещи, которую предполагается создать в будущем, практически все исследователи сходятся во мнении, что такое обязательство действительно, то более сложным является вопрос о продаже вещи, которую продавец намеревается приобрести у другого лица.

Пункт 2 ст. 455 как будто бы не делает разницы между этими двумя ситуациями, напротив, формулировка «или приобретен в будущем» подразумевает, что обязываться можно продать и вещь, которую продавец намерен приобрести у ее собственника. Получается, что продавец может обязываться передать в собственность покупателя вещь, которая на день заключения договора купли-продажи принадлежит не продавцу, а иному лицу. То есть обязываться в отношении чужой вещи.

В науке этот вопрос остается дискуссионным, а судебная практика до последнего времени исходила из того, что наличная недвижимая вещь (в отличие от той, которую предполагается создать) не может быть продана лицом, не являющимся ее собственником.

Между тем, в литературе отмечается, «для совершения обязательственной сделки не требуется распорядительная власть, поэтому обязываться передать вещь в собственность может и несобственник... Проблема возникает на стадии исполнения договора, когда чужое имущество передается покупателю. В этом случае происходит смена владельца имущества без воли собственника. Сделка по передаче ничтожна (не порождает ожидаемое правовое последствие – переход собственности к покупателю)»⁹.

⁸ Там же.

⁹ *Егоров А.В., Ерохова М.А., Ширвиндт А.М.* Обобщение применения арбитражными судами норм ГК РФ о вещно-правовых способах защиты права // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 112–113.

С указанной позицией не соглашается К.И. Скловский, который отмечает, что российское право основано на запрете продажи чужой вещи. «Такой запрет имеет неправовое происхождение, как, видимо, и все запреты (заповеди). Отменить или упразднить их средствами юридической техники и (или) исходя из задач правовой политики, стало быть, невозможно... Итак, если договор об отчуждении совершен несобственником (или иным лицом, управомоченным на отчуждение вещи), он ipso iure становится недействительным. Суть запрета на продажу чужого неизбежно влечет противоправность волеизъявления об отчуждении (продаже) чужой вещи. А такое волеизъявление... совершается только один раз – в момент заключения договора о продаже. Повторные изъявления воли на отчуждение вещи... не только не совершаются на самом деле, но и принципиально невозможны»¹⁰.

В другом исследовании указанный автор, критикуя ссылки на п. 2 ст. 455 как на доказательство допустимости продажи чужой вещи, указывает:

«Чаще всего предпринимаются попытки обнаружить в действующем ГК РФ известные из других правовых систем решения. Наиболее естественным и ожидаемым является, конечно, стремление развести куплю-продажу и традицию и представить дело так, что если в момент совершения договора продавец не является собственником, то это никак не влияет на распоряжение вещью и не поражает договор. Пытаясь доказать, что эта норма незримо присутствует в ГК РФ, чаще всего ссылаются на правило о продаже вещи, которая будет создана или приобретена в будущем (п. 2 ст. 455 ГК). После этого вся проблема переносится в сферу исполнения, и ничтожность распоряжения чужой вещью становится следствием ненадлежащего исполнения... Очевидно, что, напротив, главная проблема продажи чужого имущества состоит в заключении и исполнении договора об отчуждении вещи, которая уже есть, но которая принимается (независимо от осознания этого факта сторонами) как собственность продавца, не являясь на самом деле таковой, к чему п. 2 ст. 455 ГК, конечно, не имеет никакого отношения. Все аргументы от п. 2 ст. 455 ГК являются ошибочными именно потому, что договор о продаже чужой вещи всегда уже исполнен передачей чужой вещи и только потому и возникает сам спор. Если именно эта проблема берется во внимание, то противопоставление купли-продажи и традиции несколько не может изменить смысла коллизии»¹¹.

¹⁰ Скловский К.И. О природе сделки, передаче права и фикции действия // Сборник статей к юбилею доктора юрид. наук, проф. Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010.

¹¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010.

Касаясь указанной дискуссии, уместно было бы привести для размышления такой пример.

После принятия Закона РФ от 4 июля 1991 № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» получили распространение схемы расселения коммунальных квартир с целью последующего их использования под офисы. Рынок офисных помещений в тот период еще не сложился, имеющиеся офисные помещения находились в государственной собственности, поэтому приобрести помещение под офис являлось большой проблемой.

В связи с этим появился такой бизнес: лицо (назовем его пока условно «продавец») подыскивает для другого лица (назовем его уже без кавычек покупателем) помещение под офис и обеспечивает получение устраивающего покупателя помещения в его собственность.

Продавец никакого юридического отношения к предлагаемым им покупателю помещениям не имеет, суть схемы состоит в следующем.

Продавец предлагает жильцам коммунальных квартир расселить занимаемые ими по договорам жилищного найма квартиры, приобретая для каждой из семей отдельные квартиры в других домах или выкупив занимаемые ими помещения после их приватизации, выясняет пожелания жильцов на этот счет, определяет приблизительную сумму, которая потребуется для приобретения квартир отселяемым жильцам или для выкупа занимаемых ими помещений, выясняет возможность перепланировки квартиры и перевода ее в нежилой фонд, исходя из всего указанного и с учетом собственного интереса, который заключается в получении маржи, составляющей разницу между его затратами на отселение и перевод квартиры в нежилое помещение, и суммой, которая могла бы быть выручена от продажи нежилого помещения, которое предполагается создать путем такого перевода, называет покупателя цену, за которую продавец готов обеспечить получение покупателем в собственность офисного помещения, которого пока нет, но которое будет создано в будущем после приватизации жителями коммунальной квартиры занимаемых ими жилых помещений (комнат), отселения жителей, оформления прав на квартиру как на единый объект недвижимости и перевод его в нежилое помещение.

Заметим, что в данном случае продавец и покупатель договариваются о продаже будущей недвижимой вещи, которую еще предстоит создать.

При этом и покупатель и продавец осознают, что на день заключения договора квартира, которую в дальнейшем предполагается сделать офисным помещением, не приватизирована, расположена в доме, находящемся в государственной или муниципальной собственности, то есть фактически к продаже предлагается государственное или муниципальное имущество, к которому, повторим, его продавец никакого отношения не имеет.

Покупатель, естественно, не занимается приватизацией помещений в квартире, расселением жильцов и всем остальным, его не инте-

ресует техника создания будущей недвижимости (приобретаемого будущего офисного помещения), это забота продавца, взявшегося обеспечить получение покупателем в собственность за согласованную сторонами цену устраивающего покупателя нежилого помещения, пригодного для размещения офиса, которое будет создано продавцом в будущем из коммунальной квартиры.

Продавец несет все хлопоты, связанные с созданием этой недвижимости, он получает доверенности у жителей на оформление приватизации занимаемых ими помещений в коммунальной квартире, подбирает варианты квартир, которые получают в собственность отселяемые, рассчитывается с владельцами квартир, приобретаемых для отселяемых жителей, оформляет эти квартиры в собственность отселяемых и так далее.

Продавец несет и все риски, связанные с возможным неисполнением своих обязательств перед покупателем. Например, если после того, как часть жильцов будет отселена, последний жилец может передумать и отказаться переезжать или потребует большего, чем было договорено ранее, понимая, что без его согласия вся сделка разрушится. Или если, например, впоследствии обнаружатся ранее не учтенные жильцы, то есть лица, которые не зарегистрированы в квартире, но за которыми по закону сохраняется право на жилую площадь, с которыми придется договариваться дополнительно. Или если, например, органы опеки потребуют обеспечения отселяемым несовершеннолетним лучших жилищных условий, чем это первоначально предполагалось, исходя из договоренностей продавца с их родителями, что потребует дополнительных затрат со стороны продавца. Или если после того, как все жители будут отселены, перевод квартиры в нежилое помещение осуществить не удастся, и так далее.

Ведь покупатель не собирается покупать расселенные комнаты в коммунальной квартире, ему нужно помещение под офис, а не комнаты в этой квартире, тем более если она полностью не расселена.

Как производилась оплата приобретаемого покупателем будущего офисного помещения в подобных случаях?

Покупатель финансирует расселение жителей, передавая продавцу денежные средства, необходимые для приобретения квартир отселяемым или для расчетов с ними в денежной форме, а окончательный расчет производится при оформлении в собственность покупателя офисного помещения.

Как можно было бы квалифицировать подобный договор, заключаемый продавцом, как мы его назвали (пока условно), и покупателем, исходя из экономической сути сделки, правовой природы отношений между ними и исходя из правовых позиций Пленума о квалификации договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости?

Целью покупателя является приобретение в свою собственность устроившего покупателя помещения, которое предложено ему продавцом в качестве будущего офиса за оговоренную сторонами цену.

Целью продавца является получение этой цены, которая, по его представлениям, обеспечит покрытие всех затрат на отселение, перевод помещения в нежилой фонд и получение прибыли.

На день исполнения договора продавец обладает правом собственности на передаваемый офис, так как по мере отселения жильцов он приобретает права собственности на освобождающиеся жилые помещения в квартире, ведь именно он осуществляет приобретение квартир для отселяемых и расчеты с теми, кто предпочитает получить денежные средства за отчуждаемые комнаты, он же обеспечивает оформление всей квартиры как единого объекта недвижимости и перевод ее в нежилое помещение, которое и передает в собственность покупателя.

По всем признакам это – договор купли-продажи будущей недвижимой вещи, создаваемой продавцом из чужого недвижимого имущества. При этом создание этой вещи в данном случае заключается исключительно в совершении продавцом юридических действий, ведь продавец ничего не строит и не реконструирует, он обеспечивает сначала приобретение права собственности жильцов на занимаемые ими помещения, затем выкупает их у них, в том числе посредством приобретения для них квартир, и потом переводит расселенную квартиру в нежилой фонд.

Покупатель с расселяемыми ни в каких правоотношениях не состоит, он финансирует расселение через продавца, который и обеспечивает расселение.

Является ли такой договор ничтожным?

На наш взгляд, нет, в нем нет ничего противозаконного.

Как отмечается в литературе, «конструируя возможность обязательства по продаже чужой вещи, часто забывают, что чужой вещью может быть только вещь наличная (не будущая) и индивидуально-определенная. Поэтому, признавая возможность обязательства по отчуждению чужой вещи, придется признать возможность отчуждения не вообще чужой вещи (такой просто не бывает), а именно вот этой самой, известной чужой вещи, и без всякого подразумеваемого условия, что она будет приобретена у настоящего собственника, ведь тогда покупатель именно к этому иному собственнику и обратился бы: должно признаваться обязательство именно о передаче данной чужой вещи»¹².

В рассматриваемом примере нет продажи чужой наличной вещи, выдаваемой за собственность продавца, о чем пишет К.И. Скловский, указывая на ничтожность сделок с чужим имуществом, в данном

¹² *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010.

случае в момент заключения договора продается не квартира, расположенная в доме, находящемся в государственной или муниципальной собственности, и которая как самостоятельный объект права еще вообще отсутствует¹³, а то, что должно из этой квартиры получиться.

Попутно заметим, что ситуация, когда лицо, расселяющее коммунальную квартиру, вначале оформляет право собственности на нее на себя, скорее, исключение из правила, ведь продавец должен обеспечить поступление ее в собственность покупателя, а для этого, на самом деле, не обязательно, чтобы продавец обладал правом собственности на нее, хотя в постановлении Пленума занята иная позиция.

Содержание обязательства продавца по договору купли-продажи – передать вещь в собственность покупателя, но в законе не сказано, что продавец должен передать вещь из своей собственности.

В приведенном примере продавец может обеспечить передачу расселенной квартиры и иначе, например рассчитавшись с жильцами и получив от них доверенности на распоряжение приватизированными комнатами, продать их покупателю от имени жильцов.

На самом деле такая схема предпочтительнее для покупателя: ведь предоставляя средства на отселение жителей коммунальной квартиры, он должен иметь хоть какие-то гарантии, что не останется в результате ни с чем, поэтому по мере приобретения квартир для отселяемых покупатель оформляет покупку освободившихся комнат, то есть сделка купли-продажи квартиры в целом реализуется по частям. Если ее исполнение в полном объеме окажется невозможным, то у покупателя, по крайней мере, за те деньги, которые он уплатил, останутся в собственности комнаты, хотя бы и в не расселенной до конца квартире.

Формально продавцами в таком случае выступают бывшие жильцы приватизированных комнат, но обеспечивает их передачу в собственность покупателя именно лицо, обязавшееся перед покупателем передать в его собственность расселенную квартиру.

Обеспечив же передачу в собственность покупателя всех комнат в коммунальной квартире (хотя и по договорам с третьими лицами – собственниками комнат), продавец тем самым обеспечил поступление в собственность покупателя и квартиры в целом, продавцом которой он и являлся, отселенные жители продавали покупателю только свои комнаты, а не квартиру в целом.

Как отмечено К.И. Скловским, хотя и по другому поводу, «...в отличие от купли-продажи готовой вещи (объекта), купля-продажа будущей вещи не требует обязательного наличия права собственности на вещь у продавца. Вообще говоря, и в силу п. 1 ст. 454 ГК РФ продавец передает вещь в собственность покупателю, что не тожде-

¹³ *Скловский К.И.* Указ. соч. Следует согласиться с К.И. Скловским, который отмечает, что «помещение возникает как объект права лишь в результате сделок, то есть производным способом».

ственно передаче вещи из собственности продавца. Для договора купли-продажи будущей вещи это обстоятельство проявляется в том, что продавцу необязательно предварительно оформлять вещь в свою собственность; достаточно, чтобы собственность возникла у покупателя. Поэтому правильно говорить о принадлежности вещи продавцу как достаточном условии ее отчуждения, понимая под принадлежностью, во-первых, правомерное владение и вытекающую из владения возможность передачи вещи и, во-вторых, такое право на объект, которое содержит право на его отчуждение»¹⁴.

Применительно к приведенному выше примеру у продавца не возникает каких-либо прав ни на продаваемую квартиру, ни на продаваемые жильцами комнаты, он выступает в качестве посредника, действуя, с одной стороны, как поверенный продавцов, а с другой стороны, исполняя собственную обязанность перед покупателем обеспечить приобретение им права собственности на квартиру.

Конечно, продавец мог бы вначале приобрести комнаты у их собственников в свою собственность, а затем продать их покупателю от собственного имени.

Однако в таком случае число сделок с комнатами просто удваивалось бы, в чем нет никакого практического смысла, так как продавцу эти комнаты не нужны, его задача в том, чтобы право собственности на них перешло к покупателю, а эта задача может быть решена и иначе, то есть без оформления права собственности на них продавца, о чем указано выше.

Можно ли считать, что в данном случае имеет место не купля-продажа, а оказание услуг?

В соответствии с п. 1 ст. 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

В приведенном примере покупатель не оплачивает услуги продавца по расселению квартиры и не заказывает такое расселение, он платит за приобретаемую квартиру, а не за расселение как таковое. Соответственно продавец будет считаться исполнившим свое обязательство перед покупателем, когда покупатель получит в свою собственность обусловленную договором квартиру в освобожденном виде, а не когда продавец обеспечит ее расселение.

Возвращаясь к проблеме продажи чужой вещи, стоит отметить, что в комментируемом пункте не предлагается считать правомерной продажу чужой вещи, в нем говорится исключительно о договорах купли-продажи недвижимой вещи, на которую продавец не имеет зарегистрированного права собственности, но рассчитывает приобрести это право в дальнейшем.

¹⁴ Там же.

В судебной практике невозможность заключения договора купли-продажи в отношении чужой вещи традиционно обосновывалась положениями ст. 209 ГК РФ.

В соответствии с положениями п. 1 и п. 2 этой статьи собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом, собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

Из приведенных положений следует, что распорядиться вещью может ее собственник.

Согласно п. 1 ст. 454 ГК РФ по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

Следует ли из этого, что для того, чтобы заключить договор купли-продажи наличной вещи, обязывающий продавца передать эту вещь в собственность другой стороне, продавец должен обладать правом собственности на нее?

В некоторых исследованиях излагается подход, согласно которому продавец не может быть не собственником.

Как отмечает В.И. Сенчищев, «развивающееся в настоящее время представление о неоправданности сохранения институтов государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, которое нельзя не поддержать, надо полагать, найдет свое логическое завершение в отмене необходимости государственной регистрации каких бы то ни было сделок с недвижимостью, с исключением соответствующих норм из действующего законодательства. Действительно, если предположить, что требования о государственной регистрации, содержащегося в п. 2 ст. 558 ГК РФ, не существует, то отпадают какие-либо формальные основания для того, чтобы не квалифицировать договор долевого участия в качестве договора купли-продажи будущей вещи. Земельный участок, на котором осуществляется строительство, отведен застройщику, он же имеет разрешение на строительство – по смыслу ст. 222 ГК РФ, названные обстоятельства составляют должное основание для приобретения именно застройщиком права собственности на вновь возведенный объект (квартиры в жилом многоквартирном доме). Дальнейший переход права собственности на квартиры от застройщика к дольщикам может осуществляться именно в порядке купли-продажи, к чему и следует приравнять в таком случае договор долевого участия. Эта

модель может быть принята, даже невзирая на известное усложнение, вызываемое тем, что до государственной регистрации права собственности дольщика на квартиру должно быть зарегистрировано такое же право застройщика, который как продавец не может не быть собственником вещи»¹⁵.

Не соглашаясь с указанным подходом, К.И. Скловский пишет, что «только если речь идет о купле-продаже чужой вещи, то есть если где-то имеется собственник вещи, наличие права собственности (опущу случаи продажи по правомочию) у продавца является императивным требованием для продажи.

И это вытекает не из сути купли-продажи (ведь генетически купля-продажа – договор о владении, а не о собственности), а из правопорядка в целом, запрещающего распоряжаться правом (не только правом собственности) помимо его обладателя. А если вещь только создается и нигде нет и не может быть ее неизвестного собственника, то это требование утрачивает императивность и не может уже быть безусловным запретом к продаже. Собственность в этом случае создается (не обязательно передается) соответствующим сложным составом, в котором договор является только одним из фактов. В то же время если в силу определенных причин в процессе строительства возникнет необходимость регистрации права собственности на объект, то такое право собственности будет возникать именно у застройщика»¹⁶.

Позиция Пленума состоит в том, что для заключения договора купли-продажи будущей недвижимой вещи ее продавцу не требуется обладать правом собственности на нее (это на самом деле и невозможно, так как затруднительно быть собственником того, чего нет), а вот для государственной регистрации перехода права собственности на недвижимую вещь (не будущую, а уже созданную или приобретенную продавцом) в собственность покупателя продавец должен обладать правом собственности на эту вещь, о чем указано в абз. 4 комментируемого пункта.

4. Как отмечалось выше, в п. 2 ст. 455 ГК РФ предусмотрено, что договор может быть заключен на куплю-продажу товара, имеющегося в наличии у продавца в момент заключения договора, а также товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара.

Следовательно, предметом договора может быть и товар, в отношении которого его продавец правом собственности не обладает.

¹⁵ Право собственности: актуальные проблемы / Отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. М.: Статут, 2008. Автор гл. 2 разд. III *Сенчищев В.И.*

¹⁶ *Скловский К.И.* Указ. соч.

Вопрос, с которым столкнулась судебная практика и который не получил в ней до принятия комментируемого постановления однозначного ответа, заключается в том, применимо ли в принципе это правило к недвижимым вещам?

Ведь в п. 2 ст. 455, наряду со сформулированным в нем правилом о том, что договор может быть заключен и в отношении товара, которым продавец не располагает, сделана и оговорка: если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара.

Следовательно, закрепленное в п. 2 ст. 455 правило имеет исключения, связанные, во-первых, с тем, что законом могут быть установлены случаи, когда это правило не применяется, и во-вторых, с характером товара, то есть к отдельным видам товаров это правило неприменимо.

Возникает вопрос: а что это за случаи и что это за товары, не являются ли таковыми как раз недвижимые вещи?

В литературе отмечается, что продавцом может быть изготовитель (производитель) товара либо организация, которая приобретает товары (в т.ч. будущие) для продажи, таким образом, ст. 455 не знает каких-либо ограничений ни для лиц, выступающих в качестве продавца, ни для подлежащих продаже товаров, кроме тех ограничений, которые установлены ст. 129 ГК¹⁷.

Как отмечалось выше, высказывалась и иная позиция о том, что положения п. 2 ст. 455 не распространяются на случаи продажи недвижимых вещей.

Как отмечает В.П. Мозолин, «... допускается, что отдельные виды товаров по своему характеру или в силу закона вообще не подпадают под категорию будущих вещей. К таковым, например, относятся вексель (см. Закон о векселе), акции и другие ценные бумаги, подпадающие под действие Закона о рынке ценных бумаг. В силу закона не могут быть будущими вещами по договору купли-продажи и некоторые иные объекты, прежде всего относящиеся к недвижимому имуществу»¹⁸.

В судебной практике также были представлены обе этих позиции.

Так, в Постановлении ФАС Московского округа от 12 ноября 2010 г. по делу № А41-38685/09 указано:

ООО «Лизинговая компания «Родос» обратилось в Арбитражный суд Московской области с иском о признании недействительным

¹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова (5-е изд., испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики). «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2006. Автор комментария к ст. 455 *Клейн Н.И.*

¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3-х т. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. Т. 2 (3-е изд., перераб. и доп.). М.: Юрайт-Издат, 2006. Автор Комментария к § 1 гл. 30 *Мозолин В.П.*

форт-сервис» о признании частично недействительным свидетельства о государственной регистрации права собственности ООО «ПТК Комфорт-сервис» на Многофункциональный торгово-развлекательный центр «Эльград» с двухуровневой стоянкой, расположенный по адресу: Московская область, г. Электросталь, пр. Ленина, д. 10, и аннулировании свидетельства о государственной регистрации права, выданного управлением Федеральной регистрационной службы по Московской области 1 декабря 2008 г., соответствующей записи в ЕГРП, а также о признании права собственности ООО «Лизинговая компания «Родос» на 119 нежилых помещений № 1–119, общей площадью 4110,1 кв. м, расположенных на антресоли в указанном торгово-развлекательном центре.

В обоснование заявленных требований истец указал, что 30 ноября 2008 г. между сторонами был заключен договор купли-продажи указанных 119 нежилых помещений, однако ответчик в нарушение условий договора и требований закона не исполнил свои обязательства по передаче ему приобретенных нежилых помещений. Истец свои обязательства по их оплате в предусмотренном договором порядке выполнил в полном объеме. При этом 1 декабря 2008 г. ответчик зарегистрировал за собой право собственности на все здание торгово-развлекательного центра.

Ответчик предъявил к ООО «Лизинговая компания «Родос» встречный иск о признании недействительным договора купли-продажи от 30 ноября 2008 г., положенного истцом в основание своих требований по первоначальному иску.

В обоснование встречного иска ООО «ПТК Комфорт-сервис» сослалось на несоответствие спорного договора положениям ст. 219, 346 ГК РФ, ст. 2 Закона о регистрации.

До принятия решения по существу арбитражным судом в порядке ст. 49 АПК РФ принято уточнение истцом своих требований, согласно которым он просил прекратить право собственности ООО «ПТК Комфорт-сервис» на 108 нежилых помещений № 1, 3–62, 64, 66–93, 95–97, 100–102, 106, 107, 109–116, 119 общей площадью 4110,1 кв. м, расположенных в МТРЦ «Эльград», и признать право собственности на них за ним.

Истец в порядке уточнения исковых требований заявил требование об обязанности ООО «ПТК Комфорт-сервис» передать ему на основании ст. 551 ГК РФ указанные в исковом заявлении 108 нежилых помещений, в принятии которых арбитражным судом отказано, поскольку суд посчитал, что это связано с одновременным изменением предмета и оснований иска.

Арбитражный суд Московской области решением от 17 июня 2010 г. в удовлетворении исковых требований ООО «Лизинговая компания «Родос» отказал; встречный иск удовлетворил, договор купли-продажи от 30 ноября 2008 г., заключенный между ООО «Ли-